



La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires – La Cour de justice face à la Communauté de droit

Emilie Deal

► To cite this version:

Emilie Deal. La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires – La Cour de justice face à la Communauté de droit. Droit. Université de droit, d'économie et des sciences - Aix-Marseille III, 2006. Français. NNT: . tel-00271970

HAL Id: tel-00271970

<https://theses.hal.science/tel-00271970>

Submitted on 10 Apr 2008

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université Paul Cézanne — Aix-Marseille III
École Doctorale Sciences Juridiques et Politiques
Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
GERJC – Institut Louis Favoreu (CNRS – UMR 6201)

**La garantie juridictionnelle des droits
fondamentaux communautaires**
—
La Cour de justice face à la Communauté de droit

VERSION CORRIGÉE

Thèse pour le doctorat en droit public présentée et soutenue par

Émilie DÉAL

Mention très honorable

Publication en l'état autorisée par le jury

Jury

Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA

Doyen de la Faculté de droit de La Rochelle

Patrick GAÏA

Professeur à l'Université Paul Cézanne — Aix-Marseille III

Directeur de recherche

Michel LEVINET

Professeur à l'Université de Montpellier I

Rapporteur

Rostane MEHDI

Professeur à l'Université Paul Cézanne — Aix-Marseille III

Otto PFERSMANN

Professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

Rapporteur

Aix-en-Provence — 11 décembre 2006

Avertissement

Nous proposons une version corrigée de notre thèse. Néanmoins, dans un souci de cohérence avec le travail présenté à la soutenance, les modifications ont été contenues.

D’abord, nous avons maintenu le titre initial, tout en lui adjoignant un sous-titre.

Ensuite, nous avons retravaillé notre introduction, et reformulé quelques points controversés, mais avons conservé notre plan et écarté les mises à jour.

Enfin, nous avons apporté des corrections de style et de présentation : par exemple, la structure de la bibliographie a été repensée, ou encore les interlignes ont été diminués pour alléger la longueur du travail final.

Quoi qu’il en soit, nous soulignons que ces modifications n’ont eu pour objet que de préciser notre propos, et non pas de transformer notre démonstration initiale.

Ni l’Université Paul Cézanne — Aix-Marseille III, ni la Faculté de droit et de science politique d’Aix-Marseille n’entendent donner d’approbation ou d’improbation aux opinions émises dans cette thèse.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens ici à remercier toutes les personnes qui m'ont offert leur temps, spécialement au sein de la Cour de justice et de la CEDH.

D'abord, je suis particulièrement reconnaissante envers l'ancien juge à la CJCE PUISOCHET et le juge au TPICE LEGAL de m'avoir si gentiment accueillie dans leur cabinet début 2003. Je salue d'ailleurs leurs référendaires respectifs du moment de mes stages (d'une part, Jean-Marc BELORGEY, Stéphane GERVASONI et spécialement Christian LAMBERT ; d'autre part, Pierre ROSEREN, Fabien ZIVY et spécialement Florence MALVASIO), ainsi que leurs personnels sans qui l'organisation pratique de mon séjour au Luxembourg aurait été laborieuse (Ginette HERMAN et Sylvia NEYEN d'une part, et Violette CAMUS et Ghislaine VARRY, d'autre part).

En outre, je remercie l'ancien avocat général LÉGER, mais aussi les juges à la CEDH COSTA et GARLICKI, pour m'avoir reçue avec tant de bienveillance ; puis toutes les personnes qui m'ont aidée dans mon périple, comme Julien JORDA, ancien référendaire de l'ancien juge au TPICE POTOCKI ; Dieter KRAUS, référendaire du juge à la CJCE EDWARD, puis du président de la CJCE SKOURIS ; Bernard SCHIMA, ancien référendaire du juge à la CJCE JANN ; mais encore Baudoin GIELEN, Jean-Michel RACHET, Antonio ROCHA et plus généralement le personnel des greffes et celui de la bibliothèque de la Cour de justice ; et surtout, l'ancien juge à la CJCE et professeur PESCATORE avec qui j'ai eu l'immense privilège de converser de droit, de linguistique et... de ma thèse.

Ensuite, je tiens à exprimer ma profonde gratitude à Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI et à Séverine NICOT pour leurs relectures attentives et leur soutien sans faille. Un grand merci également à la société AERA Traductions (<<http://www.aera.fr>>) pour la qualité de son service.

Enfin, j'aurais voulu pouvoir remercier celui qui m'a donné ma chance au GERJC, mais le temps ne me permet plus de le faire de vive voix. Qu'il me soit permis de dédier symboliquement mon travail à celui qui restera à jamais dans ma mémoire comme le grand *Monsieur* FAVOREU.

Table des abréviations

<i>AJDA</i> :	Actualité juridique - Droit administratif
<i>Bull.</i> :	Bulletin
<i>BVerfGE</i> :	Recueil de la <i>Bundesverfassungsgericht</i> (Cour constitutionnelle fédérale allemande)
<i>Cass.</i> :	Cour de cassation française
<i>CCC</i> :	Les Cahiers du Conseil constitutionnel
<i>CDE</i> :	Cahiers de droit européen
<i>CE</i> :	Conseil d'État français
<i>CECA</i> :	Traité portant création de la Communauté européenne du charbon et de l'acier
<i>CEDH</i> :	Cour européenne des droits de l'homme
<i>CEE</i> :	Traité portant création de la Communauté économique européenne
<i>CEEA – EURATOM</i> :	Traité portant création de la Communauté européenne de l'énergie atomique
<i>CESDH</i> :	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
<i>CIJ</i> :	Cour internationale de justice
<i>CJCE</i> :	Cour de justice des Communautés européennes
<i>CPJI</i> :	Cour permanente de justice internationale
<i>CML Rev.</i> :	<i>Common Market Law Review</i>
<i>D.</i> :	Recueil Dalloz
<i>EL Rev.</i> :	<i>European Law Review</i>
<i>ELJ</i> :	<i>European Law Journal</i>
<i>EPL</i> :	<i>European Public Law</i>
<i>JOCE</i> <i>devenu en 2003 JOUE</i> :	Journal officiel des Communautés européennes / de l'Union européenne
<i>JORF</i> :	Journal officiel de la République française
<i>LGDJ</i> :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA</i> :	Les Petites affiches
<i>PGD</i> :	Principes généraux du droit
<i>PGDC</i> :	Principes généraux du droit communautaire
<i>PUAM</i> :	Presses universitaires d'Aix-Marseille
<i>PUF</i> :	Presses universitaires de France

<i>RAE</i> :	Revue des affaires européennes
<i>RDP</i> :	Revue de droit public
<i>Rec.</i> :	Recueil des arrêts de la Cour et du Tribunal / du Conseil d'État français / des décisions du Conseil constitutionnel français <i>selon le contexte</i>
<i>REDP</i> :	Revue européenne de droit public
<i>RFDA</i> :	Revue française de droit administratif
<i>RFDC</i> :	Revue française de droit constitutionnel
<i>RIDC</i> :	Revue internationale de droit comparé
<i>RJS</i> :	Revue de jurisprudence sociale
<i>RMC</i>	Revue du marché commun
<i>devenue en 1991 RMCUE</i> :	devenue Revue du marché commun et de l'Union européenne
<i>RMUE</i>	Revue du marché unique européen
<i>devenue en 2000 RDUE</i> :	devenue Revue du droit de l'Union européenne
<i>RRJ</i> :	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
<i>RTDE</i> :	Revue trimestrielle de droit européen
<i>TCE</i> :	Traité portant création de la Communauté européenne
<i>TFPUE</i> :	Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne
<i>TPICE</i> :	Tribunal de première instance des Communautés européennes
<i>TUE</i> :	Traité portant création de l'Union européenne
<i>UE</i> :	Union européenne

Sommaire

(Un plan détaillé figure à la fin de la thèse)

Première partie

Le fondement équivoque de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires

<i>Titre premier</i>	<i>La caractérisation de l'Union et de la Communauté de droit</i>	43
Chapitre premier	La hiérarchie des normes communautaires : un caractère méconnu	50
Chapitre deuxième	La garantie des normes communautaires : un caractère critiqué	94
Chapitre troisième	Les droits fondamentaux communautaires : un caractère controversé	138
<i>Titre second</i>	<i>La détermination de la mission des juges</i>	173
Chapitre préliminaire	Considérations sur la légitimité des juges en général	177
Chapitre premier	La reconnaissance légitime des principes généraux du droit communautaire	185
Chapitre second	La reconnaissance légitimée des droits fondamentaux communautaires	228

Seconde partie

La mise en œuvre équilibrée de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires

<i>Titre premier</i>	<i>La pratique constructrice</i>	267
Chapitre premier	Des droits fondamentaux étoffés	271
Chapitre second	Une protection optimisée	379
<i>Titre second</i>	<i>Les perspectives constructives</i>	443
Chapitre premier	Les révolutions envisagées	446
Chapitre second	Les évolutions concevables	488

Conclusion	527
Bibliographie	537
Index alphabétique	565
Index de la jurisprudence citée	577
Récapitulatif des tableaux et des schémas présentés	595
Table des matières	599

Introduction

« [I]l est tout simple que, dans cette heure de nos troubles et de nos déchirements, l'idée de la paix universelle surprenne et choque presque comme l'apparition de l'impossible et de l'idéal ; il est tout simple que l'on crie à l'utopie ; [...]. Un jour viendra où [...] vous toutes, nations du continent, sans perdre vos qualités distinctes et votre glorieuse individualité, vous vous fondrez étroitement dans une unité supérieure, et vous constituerez la fraternité européenne [...]. Un jour viendra où les boulets et les bombes seront remplacés par les votes, par le suffrage universel des peuples, par le vénérable arbitrage d'un grand sénat souverain [européen ...]. Un jour viendra où l'on verra [...] les États-Unis d'Europe [...]. Et ce jour-là, il ne faudra pas quatre cents ans pour l'amener ».

Victor HUGO, « Discours d'ouverture du Congrès de la paix », Paris, le 21 août 1849, in Pascal ORY (textes réunis et présentés par), *L'Europe*, Paris, Omnibus, 1998, 900 p., pp. 163-169, spéc., pp. 165-166.

1. « L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait ». Dans sa *Déclaration* du 9 mai 1950¹, Robert SCHUMAN, ministre français des affaires étrangères de l'époque, espérait la réalisation des « premières assises concrètes d'une Fédération européenne indispensable à la préservation de la paix ».

Si la paix constituait depuis longtemps la motivation persistante des aspirations européennes², Robert SCHUMAN fit acte d'un pragmatisme novateur en évitant dans sa *Déclaration* toute connotation philosophique ou religieuse. Aussi se concentra-t-il sur la création d'une solidarité de fait annihilant les intérêts économiques de déclarer la guerre³, au détriment de toute formulation de principe idéologique. Robert SCHUMAN n'employa ainsi pas les termes « liberté », « démocratie » ou même « peuple » qui constituaient pourtant, sans aucun doute, l'objectif ultime de son engagement. Le fait qu'il envisageait déjà non seulement l'élargissement de la construction projetée aux « autres pays d'Europe », mais encore l'approfondissement de cette construction vers une « Fédération européenne » en témoigne. Au moment même où le choc de la Seconde Guerre mondiale se traduisait pour beaucoup par la perte du sens des mots⁴, la Déclaration de 1950 réussit

¹ Voir P. GERBET, F. de La SERRE et G. NAFILYAN, *L'Union politique de l'Europe – Jalons et textes*, Paris, La documentation Française, coll. retour aux textes, 1998, 498 p., pp. 54-56, p. 54. Document également disponible sur Internet : <http://europa.eu.int/abc/symbols/9-may/decl_fr.htm>.

² Voir Pascal ORY, *L'Europe*, Paris, Omnibus, 1998, 900 p.

³ De tels intérêts économiques ont notamment servi Basil ZAHAROFF (1849-1936), marchand d'armes devenu millionnaire au sortir de la Première Guerre Mondiale en ayant vendu des armes aux deux parties. Voir le synopsis du documentaire *Zaharoff, faiseur de guerres*, disponible sur le site Internet du *Festival international de programme audiovisuel*, rubrique sélection non compétitive, situations de la création européenne en 2006 : <http://www.fipa.tm.fr/programmes/?2006sce_14022>.

⁴ Se référer au théâtre de l'absurde. Il est à ce titre intéressant de constater que *La cantatrice chauve* fut jouée pour la première fois deux jours après la Déclaration de Robert Schuman, le 11 mai 1950. Voir IONESCO, *La cantatrice chauve*, Gallimard, Paris, 1954.

à formuler un projet significatif et visionnaire : les mots du futur communautaire y étaient déjà articulés.

2. Les ambitions de 1950 se concrétisent en effet. D'une part, l'Union et la Communauté européennes ont connu le plus important élargissement, que ce soit en nombre ou en symbolisme : l'intégration de dix États anciennement dits « de l'Est » manifeste l'achèvement de la disparition du « rideau de fer », matérialise la fin des divisions d'un continent en partie de « blocs », bref réunit l'Europe et y consacre la paix, objectif ultime des aspirations fondatrices de 1950. D'autre part, les États membres ont décidé d'intensifier leur engagement par la rédaction de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵, avant de se lancer dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe⁶. L'idée d'un projet de « Constitution européenne » n'est pas nouvelle⁷. Toutefois, la singularité tient à la qualité des initiateurs : les États membres eux-mêmes. Ce texte est dès lors résolument pris au sérieux ; il inquiète aussi, comme ont pu l'illustrer les débats tenus en France lors du référendum ayant pour objet la ratification de ce traité. En fait, il focalise d'autant plus l'attention que son objet, une « Constitution », est profond. En particulier, parler de « constitution » et de « loi » européennes induit un saut qualitatif susceptible de générer une prise de conscience vivace du citoyen national quant à sa qualité de citoyen communautaire en soi. En tout cas, les individus sont de plus en plus impliqués dans cette construction communautaire.

3. Or, revêtir la qualité de citoyen consiste à être titulaire de droits et de devoirs corrélatifs⁸. En effet, le citoyen accepte les devoirs imposés par le contrat social car il dispose de contreparties, de droits. Notamment, dans l'absolu, il consent à s'acquitter d'impôts parce qu'il dispose des moyens de vérifier la bonne utilisation de cet argent par le *droit* de « prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants »⁹ grâce à des élections libres¹⁰.

⁵ Proclamée solennellement à Nice le 7 décembre 2000, *JOUE*, C 364 du 18 décembre 2000, pp. 1-22.

⁶ Traité adopté à Rome le 29 octobre 2004, *JOCE*, C 310 du 16 décembre 2004, pp. 1-474.

⁷ Voir en particulier le projet d'Union européenne, au sein de la résolution adoptée le 14 février 1984 par le Parlement européen, sur l'initiative de l'un de ses membres Altiero SPINELLI (1907-1986), *Bulletin des Communautés européennes*, 1984, n° 2, pp. 8-26. Sur ce thème, voir également J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, Institut d'Études européennes, 1997, 425 p.

⁸ J.-M. DENQUIN, « Citoyenneté » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 1649 p., pp. 198-200, p. 199. Voir également le Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *op. cit.* : « La jouissance de ces droits entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l'égard d'autrui qu'à l'égard de la communauté humaine et des générations futures ».

⁹ Article 21.1 de la *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* (DUDH), adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa résolution 217 A (III) du 10 décembre 1948.

¹⁰ Voir le droit à des élections libres protégé par l'article 3 du *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, signé à Paris le 20 mars 1952 : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ».

Dans la mesure où les obligations des citoyens communautaires sont *encore* très limitées¹¹ – notamment il n'existe pas d'impôt direct européen¹² – la corrélation impliquerait que peu de droits soient conférés à ces mêmes citoyens. Toutefois, le droit communautaire s'est doté d'un système de protection de libertés et de droits fondamentaux dont l'existence est communément admise. Son étude s'est d'ailleurs progressivement répandue au point d'être désormais quasi-systématique pour toute analyse des droits fondamentaux en général¹³. La difficulté émerge alors dans l'articulation de ces diverses études trop souvent divergentes.

I. Les incertitudes sur la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires

4. *Les emprunts abusifs au droit constitutionnel national.* Du fait de la diffusion du droit communautaire, toutes les branches du droit sont concernées¹⁴ par les droits fondamentaux communautaires et au premier chef, celle dont l'objet est l'étude des normes de rang supra-législatif dont les droits fondamentaux sont une expression : le droit constitutionnel. En effet, le vocabulaire constitutionnel est de plus en plus mobilisé pour désigner les phénomènes communautaires. La doctrine n'hésite plus à étudier « l'organisation constitutionnelle de l'Union européenne »¹⁵ ou encore le « système constitutionnel communautaire »¹⁶. De la même manière, la CJCE est qualifiée de « juridiction constitutionnelle »¹⁷. Il est vrai que l'heure est à la constitutionnalisation de la construction communautaire : le traité établissant une Constitution pour l'Europe l'illustre. La tendance est à ce point lancée que le constitutionnaliste lui-même ne peut

¹¹ N. REICH, « *Union Citizenship - Metaphor or Source of Rights ?* », *ELJ*, 2001, pp. 4-23, p. 5 : à propos des droits des citoyens européens « *Nothing is said about corresponding duties* ». « Rien n'est dit à propos des obligations correspondantes ».

¹² Sur ce point, se référer not. à S. von BAHN, « Le législateur, la Cour de justice et l'harmonisation des impôts directs » in *Une communauté de droit – Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BMW, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, 648 p., pp. 433-442, p. 433 ; ou encore à F. LEFEBVRE, *Mémento pratique Union européenne 2006-2007*, Levallois, éd. Francis Lefebvre, 2005, 1334 p., §§ 10 000 et s., pp. 785 et s.

¹³ Voir par ex. A. WEBER et autres, *Fundamental Rights in Europe and North America – Part A: Basic Work*, Londres, Kluwer Law, 2001, 500 p. ; ou encore P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2005, 676 p., not. § 106.

¹⁴ D'ailleurs, on retrouve cette tendance dans toutes les branches du droit français, classiquement bien que de manière contestable, scindé entre le droit public et le droit privé. Voir par ex. L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2005, 576 p. ; ou encore R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 10^{ème} éd., 2004, 809 p.

¹⁵ C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, Juris-Classeur, 2004, 494 p., titre 2 de la 1^{ère} partie. Voir également P. MANIN, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Paris, Pedone, Études internationales n° 6, 2004, 555 p.

¹⁶ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2001, 779 p., 1^{ère} partie.

¹⁷ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 381, pp. 483-484.

critiquer le mésusage de son vocabulaire sans préalablement se défendre de ne pas être anti-européen¹⁸.

5. La question mérite pourtant d'être posée, ne serait-ce que du fait que le traité établissant une Constitution pour l'Europe « conserve le caractère d'un traité international », comme le souligne le Conseil constitutionnel français¹⁹. La transposition du vocabulaire constitutionnel, spécifique à une réalité étatique, dans le contexte de la construction communautaire, non étatique, n'est donc pas aussi incontestable. Elle porte en elle le germe de la confusion : le risque est de « faire croire que les institutions européennes fonctionnent comme les institutions d'un État démocratique »²⁰, le danger de décevoir le citoyen. De la même manière, utiliser le vocabulaire relatif aux droits fondamentaux implique une assimilation des réalités étatique et communautaire. Alors qu'*a priori* les droits corrélatifs des citoyens communautaires ne peuvent être que limités puisque les devoirs le sont encore, l'utilisation de termes identiques tend à induire que ces droits sont semblables aux droits dont est titulaire l'individu en tant que citoyen national. D'ailleurs, la doctrine assimile généralement les deux concepts de manière plus ou moins explicite²¹.

6. Toutefois, certaines voix s'élèvent pour dénoncer cette « volonté d'assimilation » tendant à « montrer qu'il existe un droit constitutionnel européen avec ses institutions, son ordre juridique et ses droits fondamentaux semblables à leurs homologues de droit interne »²². Le doyen FAVOREU n'aura eu de cesse de souligner cette erreur méthodologique avec une utilisation de l'imagerie particulièrement explicite. S'il avait déjà critiqué le « droit constitutionnel *Canada dry* »²³, il énonça, dans l'un de ses derniers témoignages écrits, que :

« [p]our prendre une comparaison de type aéronautique, ce n'est pas parce que les hélicoptères se déplacent dans les airs en transportant des personnes et des marchandises, que l'on pourra les qualifier d'avions : leur conception, leur mode de fonctionnement, les infrastructures nécessaires etc., sont totalement différents et il ne vient à l'esprit de personne de les prendre les uns pour les autres »²⁴.

¹⁸ À ce sujet, se référer à L. FAVOREU in L. FAVOREU et H. OBERDORFF, « Droit constitutionnel et droit communautaire - Les rapports de deux ordres juridiques », *RMCE*, 2000, pp. 94-99, p. 94.

¹⁹ Conseil constitutionnel français, décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *Rec.*, p. 173, *GD* n° 51 (13^{ème} éd.), cons. n° 9.

²⁰ L. FAVOREU in L. FAVOREU et H. OBERDORFF, *op. cit.*, p. 96.

²¹ Pour une assimilation explicite, voir D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 294, pp. 363-366 ; ou encore J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., 2002, 1098 p., pp. 277-296.

²² L. FAVOREU, « Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles » in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 35-45, p. 35.

²³ L. FAVOREU, « L'euroscpticisme du droit constitutionnel » in H. GAUDIN (dir.), *Droit constitutionnel droit communautaire : vers un respect constitutionnel réciproque ?*, colloque de La Rochelle des 6 et 7 mai 1999, Paris, Aix-Marseille, Economica, PUAM, 2001, 393 p., pp. 379-390, p. 383.

²⁴ L. FAVOREU, « Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles », *op. cit.*, p. 44.

Ainsi, si les systèmes de droits fondamentaux communautaire et constitutionnel peuvent être comparés, le simple constat de ressemblances ne peut aboutir à la conclusion d'une convergence en soi.

7. *Le risque de la division entre communautaristes et constitutionnalistes.*

Cette démarche présente en outre une conséquence fâcheuse. L'utilisation de concepts étatiques induit en effet l'application de méthodes d'analyse connues pour apprécier les faits juridiques nationaux. En particulier, le réflexe est d'abord d'identifier la norme « première » de l'ordre juridique étudié. Or, en ce qui concerne l'articulation des ordres juridiques nationaux et communautaire, la question n'est pas simple, et l'analyse souffre de nombreuses zones d'ombre²⁵. Chacun développe alors une norme fondamentale différente en fonction de ses aspirations : la norme « première » est supposée soit de nature constitutionnelle, soit de nature conventionnelle. Certes, la démarche est conforme à la théorie du droit qui n'entend la norme fondamentale que comme le résultat d'une supposition²⁶ nécessaire à l'identification du cadre de réflexion juridique. Cependant, elle aboutit à scinder les analyses et, concrètement, à opposer les constitutionnalistes aux communautaristes²⁷. Or, si le dialogue progresse entre les deux disciplines²⁸, l'absence de solution unique devrait ouvrir la réflexion sur la nécessité de dépasser la dichotomie. En tout cas, nous pensons que le fait de choisir préalablement une norme « première » de nature nationale ou de nature communautaire empêche d'appréhender objectivement la réalité du droit communautaire. Il nous apparaît ainsi qu'une compréhension pleine et objective de la garantie des droits fondamentaux communautaires doit s'affranchir de tout choix préalable sur la nature de la norme première de l'ordre juridique communautaire. À défaut, les attentes du chercheur risquent de le conduire à appréhender les résultats de ses investigations en fonction de ses attentes doctrinales. La garantie des droits fondamentaux communautaires est d'ailleurs appréciée de manière si variable selon les tendances doctrinales qu'il est difficile de savoir *a priori* si le niveau de protection des droits fondamentaux communautaires est satisfaisant.

8. *Une appréciation controversée du niveau de garantie des droits fondamentaux communautaires.* La qualité de la garantie des droits fondamentaux communautaires est régulièrement discutée. Généralement, la doctrine salue les progrès de la jurisprudence communautaire en la matière, comme lors de la jurisprudence *Wachauf*²⁹, même si elle maintient la critique susceptible d'inciter à la continuation de

²⁵ Par ex., voir A. LEVADE (dir.), « Constitution et Europe », CCC, 2005, n°15, pp. 133-180. Se référer not. à la contribution du même auteur « Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au cœur des rapports de système », pp. 133-137, spéc. pp. 136-137.

²⁶ Par ex., voir O. PFERSMANN, « Hiérarchie des normes » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 779-783, p. 782.

²⁷ En particulier, se référer à H. GAUDIN (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire : vers un respect constitutionnel réciproque ?*, op. cit.

²⁸ Pour un exemple récent, voir le colloque organisé à la faculté de droit de Lille le 8 juin 2007, *L'influence du droit communautaire sur le droit constitutionnel*, se terminant par une table ronde « Pour une coopération renforcée des communautaristes et des constitutionnalistes ».

²⁹ CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf c/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, aff.5/88, *Rec.*, p. 2609. En obligeant les États membres au respect des PGDC dans leur mise en œuvre du droit

ces progrès. Certains auteurs sont cependant plus radicaux, et dénoncent une dévaluation des droits fondamentaux au sein du système juridique communautaire. Notamment, Jason COPPEL et Aidan O'NEILL considèrent que :

« [e]n utilisant l'expression "droit fondamental" d'une manière aussi instrumentale la [CJCE] refuse de prendre au sérieux le discours des droits fondamentaux. Ainsi, à la fois, elle dévalue la notion de droit fondamental et apporte sa propre conception dans le contentieux »³⁰.

Les droits fondamentaux du droit communautaire ne seraient alors pas aussi bien protégés que les droits fondamentaux des États membres. Les premiers ne seraient donc pas assimilables aux seconds.

Cependant, le professeur WEILER et Nicolas LOCKHART ont vivement réagi à cette analyse³¹. S'ils ne souhaitent pour autant pas devenir les apologistes de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)³², ils estiment que Jason COPPEL et Aidan O'NEILL n'ont pas correctement compris les arrêts de la Cour et proposent de réinterpréter les différents arrêts invoqués³³. Se pose alors la question de la méthodologie adoptée pour étudier le fait communautaire. En particulier, comprendre le droit communautaire du point de vue national n'est pas la même chose que comprendre le droit communautaire *per se*. Évidemment, il est impossible de prétendre à une totale émancipation de sa socialisation juridique. Cependant, la controverse exprimée dans la *Common Market Law Review* souligne la difficulté à interpréter les ambitions de la Cour de justice. En fait, le risque est de projeter des automatismes et des attentes nationaux sur un système juridique différent.

9. Le premier réflexe serait d'ailleurs, si l'on réfléchit aux propos de l'ancien juge à la CJCE PESCATORE, de surévaluer « la consistance réelle des problèmes relatifs à la protection des droits fondamentaux dans le système communautaire »³⁴. Selon lui, elle serait en réalité « insignifiante au regard de l'ampleur des spéculations qu'on a soulevées à leur propos »³⁵. L'ancien juge se fonde en effet sur une approche statistique du

communautaire, cet arrêt consacre l'intégration des droits fondamentaux au sein du « bloc de constitutionnalité communautaire » : D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., § 61, pp. 97-98, § 297, p. 369,

³⁰ J. COPPEL et A. O'NEILL, « *The European Court of Justice : Taking Rights Seriously ?* », *CML Rev.*, 1992, pp. 669-692, p. 692 : « *By using the term "fundamental right" in such an instrumental way the Court refuses to take discourse of fundamental rights seriously. It thereby both devalues the notion of fundamental right and brings its own standing into dispute* ». Dans le même sens, voir L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., 2005, 576 p., § 591, p. 438.

³¹ J.H.H. WEILER et N.J.S. LOCKHART, « *"Taking Rights Seriously" Seriously : the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence* », *CML Rev.*, 1995, pp. 51-94 et pp. 579-627.

³² *Ibid.*, p. 57.

³³ *Ibid.*, pp. 581-622.

³⁴ P. PESCATORE, « La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux - Enquête sur un problème virtuel », *RM CUE*, 2003, pp. 151-159, p. 152.

³⁵ *Ibid.*, p. 153.

contentieux communautaire pour constater que seule « une fraction infime » des affaires dévolues à la juridiction communautaire implique des droits fondamentaux : il n'a pu repérer que trois arrêts « dans lesquels une violation effective d'un tel droit par l'une des institutions de la Communauté aurait été établie », deux devant la Cour et un devant le Tribunal³⁶. Pourtant, d'autres démarches statistiques n'ont pas abouti à des résultats aussi pauvres.

En particulier, les travaux du professeur SWEET méritent notre attention. Dans plusieurs ouvrages, l'auteur s'est attaché à étudier la réalité du droit communautaire dont, notamment, les droits fondamentaux. Par de nombreuses statistiques, il entend apporter une description matérielle et précise, susceptible de nous intéresser en ce qu'elle permettrait de mesurer l'intérêt réel d'étudier les droits fondamentaux communautaires par rapport à l'attention doctrinale qu'ils suscitent. Néanmoins, se préoccupant de l'entière du droit communautaire, le professeur SWEET n'a pas eu pour ambition d'étudier globalement et spécifiquement les droits fondamentaux communautaires. Dès lors, si ses résultats aboutissent à montrer leur importance, le professeur SWEET s'est concentré sur certaines thématiques des droits fondamentaux communautaires : notamment les libertés économiques, ou encore l'égalité des sexes³⁷. En outre, il s'est surtout intéressé à la procédure du renvoi préjudiciel³⁸ en tant qu'outil privilégié pour le dialogue entre les juges nationaux et communautaire³⁹, mais ne s'est pas attardé sur les autres recours. Cependant, les arrêts mentionnés par le professeur PESCATORE ne résultent pas de renvois préjudiciels. La démarche statistique proposée par le professeur SWEET n'est donc pas susceptible de révéler l'ampleur réelle des droits fondamentaux au sein du contentieux communautaire ; elle mérite d'être approfondie.

10. Une appréhension trop rapide du fondement de la garantie. Envisager d'étudier matériellement l'envergure d'un phénomène suppose toutefois d'accepter que celui-ci puisse ne pas être aussi important que notre intuition, notre réflexe ou notre souhait pouvaient le laisser croire. Pour ce qui concerne le droit communautaire, nous devons donc préalablement admettre que les droits fondamentaux communautaires puissent ne pas être aussi essentiels.

³⁶ *Ibid.*, p. 153, note n° 3 : CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH c/ Commission*, aff. C-185/95 P, *Rec.*, p. I-8417 ; 13 décembre 2001, *Commission c/ Michael Cwik*, aff. C-340/00, *Rec.*, p. I-10269 ; et TPICE, 20 février 2001, *Mannesmannröhren-Werke AG c/ Commission*, aff. T-112/98, *Rec.*, p. II-729.

³⁷ A. STONE SWEET, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 279 p., chap. 3 et 4. Voir également, A. STONE SWEET, W. SANDHOLTZ et N. FLIGSTEIN, *The Institutionalization of Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 273 p., chap. 6.

³⁸ Se référer à A. STONE SWEET et T.L. BRUNELL, « *The European Court and the National Courts : A Statistical Analysis of Preliminary References, 1961-95* », *Journal of European Public Policy*, 1998, n° 5 (1), pp. 66-97, disponible sur le site du Centre Jean Monnet : <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-14.html>> ; et à A. STONE SWEET et T.L. BRUNELL, « *The European Court and the National Courts : A Statistical Analysis of Preliminary References, 1961-98* », référencé : *Data Set on Preliminary References in EC Law*, Robert Schuman Centre, European University Institute (San Domenico di Fiesole, Italy, 1999).

³⁹ A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET et J.H.H. WEILER, *The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence (Legal Change in Its Social Context)*, Oxford, Hart Publishing, 1998, 391 p.

Alors que les droits fondamentaux sont valorisés par la majorité de la doctrine comme caractère de l'État de droit⁴⁰, la question n'est pas simple. En effet, on qualifie aisément l'ordre juridique communautaire de « Communauté de droit » et plus récemment d'« Union de droit », en comparaison avec la notion d'« État de droit »⁴¹. Il est vrai que la CJCE s'est elle-même référée à la « Communauté de droit »⁴² officialisant ainsi l'analyse de l'ancien président de la Commission de la CEE HALLSTEIN. Attachée aux droits fondamentaux de l'« État de droit », la doctrine s'est alors préoccupée des droits fondamentaux de la « Communauté de droit » de la même manière. Toutefois, au regard de la polysémie de la notion « État de droit »⁴³, polysémie d'autant plus manifeste que la traduction est nécessaire dans la diffusion de la jurisprudence communautaire, il semble difficile d'appréhender les expressions « Communauté de droit » et « Union de droit » comme synonymes systématiques du concept « État de droit ». À ce titre, la quasi-absence de réflexion approfondie est potentiellement inquiétante. Pourtant, le fait que la CEDH traduise *Rule of Law* par « prééminence du droit », comme le souligne Laure MILANO⁴⁴, et non pas par « État de droit » devrait conduire à la circonspection.

Dès lors et de manière schématique, on pourrait en déduire que le juriste allemand analyse l'ordre juridique communautaire au regard du prisme *Rechtsstaat*, le juriste britannique au regard du prisme *Rule of Law*, et le juriste français au regard du prisme *État de droit*, trois concepts certes comparables mais différents comme a pu le montrer le professeur HEUSCHLING⁴⁵. En particulier, le professeur WACHSMANN dénonce une importation abusive de la notion allemande de « droits fondamentaux » du *Rechtsstaat* en droit français⁴⁶. Ainsi, si déjà toute la doctrine française n'intègre pas ce nouveau caractère⁴⁷, nous pouvons nous interroger sur la pertinence d'utiliser un concept potentiellement multiforme entre les États (puisque l'un de ses caractères n'est pas

⁴⁰ Pour une approche chronologique du concept, voir not. O. DUHAMEL et Y. MÉNY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, 1112 p., pp. 415-418.

⁴¹ Se référer not. à C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., §§. 118-162, pp. 75-102 : les auteurs y étudient les « principes de l'Union de droit » ; ou encore à J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, op. cit., p. 58. Voir également J. GICQUEL et J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 20^{ème} éd., 2005, 790 p., pp. 332 et surtout 336.

⁴² CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement*, aff. 294/83, Rec. p. 1339, pt 23.

⁴³ Voir par ex. O. JOUANJAN, « État de droit » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 649-653.

⁴⁴ L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006, 674 p., § 42, pp. 33-34, p. 33.

⁴⁵ L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, 739 p. Pour une étude spécifique du *Rechtsstaat*, se référer à O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, 410 p.

⁴⁶ P. WACHSMANN, « L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux" », *RUDH*, 2004, pp. 40-49.

⁴⁷ Voir par ex. N. KADA, *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, Ellipses, 2004, 128 p., p. 44 ; ou encore M. de VILLIERS, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2005, 281 p., pp. 108-109. Certes, ce dernier évoque la redécouverte, après la chute du bloc de l'Est, des « valeurs du constitutionnalisme et de la démocratie libérale » (§ 4). Néanmoins, lorsqu'il énonce les trois critères de l'État de droit (§ 3), les droits fondamentaux n'y sont pas mentionnés.

univoque selon les ordres juridiques nationaux) pour définir un autre concept, en outre évolutif (la Communauté de droit, puis l'Union de droit). D'ailleurs, nous pensons qu'il serait plus rigoureux d'utiliser une expression générique susceptible de regrouper l'ensemble des concepts susvisés, comme l'idée d'une « structure de droit ». En ce sens, nous pouvons alors nous demander si les concepts communautaires, puisque indépendants des concepts nationaux, n'obéissent pas à une logique propre en développant des caractères originaux, et même s'ils ne s'affranchissent pas de la nécessité nouvelle, mais controversée, de garantir des droits fondamentaux. En tout cas, si les droits fondamentaux communautaires existent, il ne peut être présupposé qu'ils sont conçus comme un caractère de la Communauté de droit ou de l'Union de droit. Leur examen devient en somme d'autant plus indispensable qu'ils participent à la définition de l'ordre juridique communautaire en son entier.

11. Intérêt de l'étude pour la compréhension du rôle du juge. L'articulation de ces critiques portant à la fois sur l'approche méthodologique et le résultat scientifique obtenu tend à inciter au questionnement. Il se révèle en effet impossible de porter une appréciation correcte sur le niveau de garantie des droits fondamentaux communautaires, tout en en méprisant le contexte. Par suite et alors que cette garantie a d'abord résulté de la jurisprudence de la Cour de justice⁴⁸, comment comprendre l'office de ce juge, si l'on ne maîtrise pas le cadre juridique de son action, autrement dit sa légitimité ?

La soutenance concomitante à la nôtre d'une thèse sur *l'office du juge communautaire des droits fondamentaux*⁴⁹ confirme d'ailleurs la pertinence du questionnement. Cependant, ce travail ne répond pas à nos interrogations. Comme l'auteur ne discute pas le concept de Communauté de droit⁵⁰, il ne s'intéresse pas à définir la légitimité du juge bien que le mot apparaisse régulièrement dans son propos⁵¹. Il se place ainsi dans la même logique que la majorité de la doctrine, trop souvent muette sur ce point⁵², parce que transposant systématiquement sa connaissance des concepts étatiques nationaux sur la réalité communautaire. Or, la légitimité de la Cour de justice

⁴⁸ Voir *infra*, §§ 41 et s..

⁴⁹ Romain TINIÈRE a en effet soutenu sa thèse le 28 novembre 2006, soit moins d'une quinzaine de jours avant nous : *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, sous la dir. du professeur SUDRE, Montpellier I, 2006, 701 p., à paraître chez Bruylant.

⁵⁰ *Ibid.*, spéc. p. 168.

⁵¹ Le mot légitimité est employé une vingtaine de fois, et l'auteur approche parfois la question mais ne s'y attarde pas : *ibid.*, pp. 254-256.

⁵² Voir le silence de, not. et par ordre alphabétique, C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.* ; P. GAÏA, « Titre 2 : La protection des droits et libertés dans le cadre de l'Union européenne » in L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, pp. 433-553 ; J. RIDEAU, *Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme*, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 265, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, 478 p. ; et J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., 2002, 1098 p. N'échappe pas à la critique le professeur SIMON (in *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*) car, s'il aborde la question de l'organisation juridictionnelle en intitulant sa section « La légitimité judiciaire : l'organisation juridictionnelle » (p. 230), le contenu de ses propos ne révèle aucune considération éthique ni même sur la légitimité en général. L'occurrence linguistique n'est d'ailleurs pas référencée dans l'index de l'ouvrage.

continue d'être mise en cause⁵³. La critique rejoint en outre souvent celle portant sur le niveau ou la qualité de protection que le juge accorde aux droits fondamentaux communautaires⁵⁴. Les réflexions sont en effet liées en ce que la spécification du cadre juridique d'action du juge permet de comprendre la manière dont le juge exerce sa fonction, notamment la manière dont il appréhende ses pouvoirs, tels que ses pouvoirs d'interprétation. Apprécier la protection des droits fondamentaux communautaires nécessite en effet de s'intéresser à celui qui en est à l'origine, de façon à comprendre également pourquoi il a développé la protection de la manière dont elle existe aujourd'hui. Ces raisons renferment certainement les justifications profondes des limites que le juge pose à l'approfondissement de la protection : s'il pouvait interpréter le texte des traités, il ne pouvait s'en affranchir ; lorsque le texte est explicite, le juge ne peut donc le contredire. La doctrine le néglige pourtant trop fréquemment lorsqu'elle critique par exemple l'absence d'élargissement de la recevabilité des recours en annulation intentés par les particuliers, alors que les conditions sont posées par l'article 173, devenu 230, alinéa 4, TCE...

12. En somme, comprendre la qualité de la garantie des droits fondamentaux communautaires ne peut se faire qu'après avoir révisé notre conception de son cadre juridique qui conditionne l'exercice de la fonction juridictionnelle. En effet, il ne s'agit pas d'apprécier cette garantie au regard des systèmes nationaux constitutionnels, mais de l'étudier dans son contexte, c'est-à-dire du point de vue de l'ordre juridique communautaire. S'extraire des réflexes nationaux « statocentrés » devient ainsi la condition impérative pour étudier la garantie des droits fondamentaux communautaires et en mesurer l'efficacité au regard du contexte de la Communauté de droit.

L'étude de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux de l'Union et de la Communauté européennes rejoint donc tout particulièrement la réflexion sur le projet constituant : les interrogations au sujet de notre citoyenneté de l'Union européenne et à propos de la dimension politique de la construction communautaire sont propices à la prise de conscience du juriste que ce qu'il comprend de son point de vue franco-français ne peut être la réalité du droit communautaire. En effet et plus généralement, si pour l'instant, chacun a projeté ce qu'il espérait de l'Europe et finalement ce qu'il connaissait de son expérience nationale, chacun a pu réaliser que l'autre, pourtant partie prenante de la construction communautaire, faisait de même mais avec une projection différente. Et le juriste n'y a pas échappé. Chaque juriste raisonne en effet en utilisant naturellement les méthodologies et les concepts qu'il connaît. Or, ni les méthodologies, ni les concepts n'étant universels, la détermination de l'approche méthodique devient indispensable pour préserver au mieux la pertinence de notre travail.

⁵³ D. SIMON, « Retour du mythe du gouvernement des juges ? », *Europe*, 2006, n° 2, p. 1.

⁵⁴ Par ex., voir *supra*, § 8.

II. Préalables sur la méthode retenue

13. L'acte de recherche n'est pas en lui-même évident. De nombreuses études attestent de la variabilité aussi bien de la méthodologie que de la logique ou encore de la philosophie, notamment en droit⁵⁵. En effet, comme l'explique le professeur ATIAS :

« [l']épistémologie démontre aujourd'hui que ce qui est connu n'est jamais totalement indépendant de celui qui connaît, de la façon qu'il a de connaître, de ses convictions et de sa démarche intellectuelle »⁵⁶.

Le scientifique ne peut alors jamais être absolument objectif, sa méthode et sa linguistique étant toujours le reflet particulier de sa réflexion individuelle et éminemment socialisée. La détermination de la démarche choisie devient donc un préalable impératif à la compréhensibilité des résultats de notre recherche.

A. Détermination de la démarche méthodologique

14. De la variabilité méthodologique. Il n'existe pas une façon de penser le droit, bien au contraire. Comme l'explique le professeur JAMIN⁵⁷ dans la logique d'un ouvrage dont il est le co-rédacteur⁵⁸, « la manière de raisonner des juristes » constitue un modèle qui a pu changer et qui, de toute façon, n'est pas universel. D'ailleurs, la doctrine française n'a pas toujours cherché à systématiser la jurisprudence pour y découvrir, par induction, « les quelques principes censés gouverner la totalité du système juridique »⁵⁹. Au contraire, elle a pu s'inspirer de la démarche déductive allemande, puis se rapprocher de la méthodologie anglo-saxonne de la *Case Law*⁶⁰. Sans rentrer dans les détails justificatifs d'un tel état de fait, nous pouvons simplement constater que se dégagent plusieurs façons de penser le droit qui structurent différemment les réflexes du juriste. Dès lors, on peut considérer qu'il existe autant d'approches possibles que de systèmes juridiques. Or, dans le contexte de la construction communautaire qui regroupe vingt-cinq États, donc potentiellement vingt-cinq façons différentes de raisonner

⁵⁵ Voir resp. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, 408 p. ; M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, Paris, PUF, 2001, 439 p. et C. ATIAS, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2004, 364 p.

⁵⁶ C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, 222 p., p. 166.

⁵⁷ C. JAMIN, « Un modèle original : la construction de la pensée juridique française », *Bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC)*, n° 596, 15 avril 2004, disponible sur Internet via le site de la Cour de cassation française : <http://www.courdecassation.fr/_BICC/bicc.htm>.

⁵⁸ C. JAMIN et P. JESTAZ, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, 314 p.

⁵⁹ C. JAMIN, *op. cit.*

⁶⁰ En France, si au XIX^{ème} siècle l'exégèse séduit, le XX^{ème} siècle est secoué par des changements méthodologiques. Dans un premier temps, la structuration de la pensée juridique par systèmes ou théories, prônée par la doctrine allemande, se diffuse. Dans un second temps marqué par la rupture de la première guerre mondiale, la doctrine française se refuse à continuer de s'inspirer de la doctrine allemande. Elle se dirige alors vers l'étude des cas, inspirée de la *Case Law*, méthodologie typiquement anglo-saxonne. Toutefois, les deux tendances évolueront différemment, au point que la culture juridique américaine se concentre sur « le processus plutôt que la substance », alors que « les juristes français s'intéressent plus volontiers à la substance du droit qu'à son processus d'élaboration », comme l'explique le professeur JAMIN. Se référer à C. JAMIN, *op. cit.*

juridiquement, il apparaît difficile de ne pas se poser la question de la méthodologie utilisée pour aborder le droit communautaire en particulier.

15. Le choix d'une rigueur méthodologique. Vouloir étudier le fait communautaire implique donc de se détacher de ses réflexes méthodologiques, en ce que la méthodologie engendre une structuration mentale d'une réalité étatique particulière. Si une totale émancipation semble vaine, du fait de la profondeur de toute socialisation politique, la prise de conscience que le penser français n'est pas la règle peut constituer un point de départ utile à une introspection méthodologique. Le doute engendre en effet la scientificité⁶¹. Nous ne prétendons toutefois pas à l'objectivité ou à la capacité de nous extraire totalement du mode de pensée français au sein duquel nous avons été formée. Nous essaierons cependant d'atteindre une sorte de scientificité *molle*, par la mise en avant de notre subjectivité à la manière du professeur MYRDAL⁶².

16. Les postulats méthodologiques. Aussi, de la conscience de notre subjectivité irréductible découlent deux postulats.

D'une part, nous n'aurons pas la prétention de formuler quelque chose d'absolu, ni d'élaborer une théorie générale synthétisant vingt-cinq façons de penser la construction communautaire : ce serait non seulement présomptueux mais en outre d'autant plus fallacieux que la systématisation à la française porte en elle le danger d'enfermer le juge et de négliger son pouvoir de création⁶³. En outre, si nous parlons de systématisation, nous risquons de faire écho aux réflexes méthodologiques du lecteur qui risquerait d'attendre de notre part certaines conclusions, et de se méprendre sur notre objectif profond.

D'autre part, nous décidons d'encadrer notre subjectivité par une méthodologie rigoureuse qui distingue science, théorie et politique juridique, la science visant « à décrire l'objet », pour laquelle la théorie permet d'« élucider les outils nécessaires », combinaison dont les résultats offrent à la politique juridique la possibilité de « répondre aux questions pratiques » sur ce que le droit devrait être⁶⁴. L'objectif consiste donc à

⁶¹ La fameuse formule attribuée communément à SOCRATE « je sais que je ne sais rien » fut sublimée par diverses réflexions, allant de celles de René DESCARTES dont le premier précepte est ainsi formulé : « de ne recevoir jamais aucune chose pour vraie que je ne la connusse évidemment être telle », à d'autres plus récentes comme celles du professeur ATIAS : « La science naît d'un ensemble complexe de décisions indissociables, celle de douter, celle aussi de cesser de douter, celle encore d'adopter la démarche propre de l'analyse rationnelle ». Voir resp. R. DESCARTES, *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*, 1637, réédité chez Paris, Librio, 1999, 94 p., p. 27 ; et C. ATIAS, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 35.

⁶² G. MYRDAL, *The Political Element in the Development of Economic Theory*, New-York, Simon and Schuster, 1954, 248 p.

⁶³ À propos de la critique de l'enfermement du juge par la doctrine française, voir C. JAMIN, *op. cit.* À propos de la nécessité d'admettre le pouvoir créateur de droit du juge et de la jurisprudence, se référer à D. de BÉCHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.*, 2002, chron., pp. 973-978, spéc. pp. 975-976 ; ou encore à N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence – Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, de la Cour de cassation, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, 193 p., not. pp. 6, 7 et 48-50.

⁶⁴ É. MILLARD, « Théorie, Science et doctrines juridiques : penser la différence, pratiquer la complémentarité », Intervention orale lors de la Table ronde *Quels renouvellements pour la recherche en droit ? Les apports de la théorie du droit à la doctrine*, organisée par le Laboratoire de théorie du droit, le 7

éviter la confusion entre ce qui est, ce que nous pourrions constater par nos expériences, et ce qui devrait être selon nos propres aspirations du politique communautaire.

17. Pour ce faire, il nous semble nécessaire de fournir une sorte de grille de lecture de notre projet ou « problématique fondamentale »⁶⁵, afin que le lecteur soit en mesure d'apprécier notre subjectivité et surtout de la distinguer de nos considérations objectives. Puisque toute pensée nécessite pour son extériorisation des mots, la première chose serait d'expliquer comment nous nous exprimons. Dans le contexte de la construction communautaire, par essence marquée par le multilinguisme, le préalable de la méthode linguistique devient primordial⁶⁶.

B. Détermination de la démarche linguistique

18. *De la variabilité linguistique.* Si la logique génère la prise de conscience du caractère socialisé et socialisant de la méthodologie juridique, la linguistique enseigne la prudence. En effet, comme l'explique le doyen BEN ACHOUR :

« Un concept ne vient pas du néant. Même dans le cas où il est le produit d'un esprit créateur et imaginatif, il est forgé à partir d'une réalité complexe, celle dans laquelle se trouve enserré tout esprit humain. Cette réalité est celle de l'individu créateur lui-même, son histoire personnelle intellectuelle ou affective, et celle de sa société avec ses structures politiques, ses structures de parenté, ses mœurs, sa religion, sa langue. Tous ces éléments réunis contribuent, à travers les esprits du penseur, à la formation des concepts, qu'ils soient philosophiques ou juridiques ou autres »⁶⁷.

Dès lors, un concept émane d'une réalité toute particulière. Le choix des mots, vecteurs du concept, nécessite une sensibilisation à la relativité sociologique, voire psychologique, du lien entre le mot et sa signification⁶⁸. Aussi le concept n'est-il pas transposable en soi

avril 2005, à Aix-en-Provence. Pour éviter toute confusion, nous avons substitué « politique juridique » à « doctrine juridique », comme le proposait d'ailleurs le professeur PFERSMANN dans le débat.

⁶⁵ Expression utilisée par A. BARRÈRE in *Macroéconomie keynésienne – Le projet économique de John Maynard Keynes*, Paris, Dunod, 1990, 349 p., pp. 20-21, pour expliquer que chaque système, chaque théorie repose sur « un choix qui relève d'une anthropologie sociale et culturelle » de l'auteur. La compréhension de ce choix permet de replacer les instruments d'analyse dans leur contexte d'élaboration et ainsi de les utiliser *correctement* ce qui, en l'occurrence, n'avait pas vraiment été fait à propos de la théorie de John Maynard KEYNES.

⁶⁶ Pour un exemple de prise de conscience de l'intérêt de la linguistique au sein des institutions communautaires, voir P. PESCATORE, *Vade-mecum - Recueil de formules et de conseils pratiques à l'usage des rédacteurs d'arrêts*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 3ème éd., 1985, 317 p.

⁶⁷ Y. BEN ACHOUR, « Jeux de concepts - État de droit – société civile, démocratie » in P. ARSAC, Jean-L. CHABOT et H. PALLARD (dir.), *État de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle*, Paris, L'Harmattan, 1999, 367 p., pp. 85-97, p. 85.

⁶⁸ En effet, comme l'explique le doyen CORNU, « [I]l'unité, le signe linguistique en son entier, est constitué d'une image mentale associée à une image acoustique (d'autres diront à une forme phonique ou à son substitut). Le mot (pour raisonner sur l'unité significative ordinaire) véhicule un concept. Toute unité significative unit un *support* et sa *charge*, on pourrait dire encore une *expression* (le signifiant) et son *contenu sémantique* (le signifié). L'articulation d'un mot délivre simultanément un son (son substitut) et un

de système à système⁶⁹. « Malheureusement, les juristes, qui connaissent trop souvent l'élément grammatical et même systématique de l'interprétation, oublient trop souvent les éléments historiques et l'actualisme de l'application »⁷⁰. Or, l'analyse du fait communautaire, éminemment multiculturel, est susceptible de subir une telle méprise.

19. Le risque de l'ethnocentrisme ou « statocentrisme » linguistique. Le juriste national a en effet tendance à utiliser ses concepts nationaux, élaborés dans un contexte national, pour analyser le droit communautaire et y rechercher une correspondance avec ses concepts nationaux. L'utilisation du mot « loi » en constitue un vif témoignage. En effet, certains attribuent au droit communautaire dérivé et, en particulier, aux règlements communautaires, le caractère de la loi. Seulement, le mot « loi » est polysémique. Ne serait-ce que du point de vue de sa polysémie interne, c'est-à-dire au sein du vocabulaire spécifiquement juridique, au moins dix définitions peuvent être dénombrées⁷¹. Globalement, deux grandes tendances se dégagent : soit la « loi » est conçue dans un sens strict comme étant l'émanation d'un parlement⁷² ; soit la « loi » revêt une interprétation large en désignant « l'ensemble du droit en vigueur, qu'il soit législatif, réglementaire ou jurisprudentiel », à condition que la loi en question soit claire, accessible et prévisible spécialement au sens de la position de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg (CEDH)⁷³. L'avantage de cette conception large est de pouvoir s'adapter à des systèmes juridiques aussi différents que le droit écrit ou la *Common law*. Or, puisque le droit communautaire s'adresse également aussi bien aux pays fondés sur le droit écrit que sur la *Common law*, le juriste national ne devrait pas pouvoir prétendre à prescrire l'utilisation d'une signification plutôt qu'une autre. L'étude

sens, un sens lié au son ». Voir G. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 2005, 440 p., p. 27.

⁶⁹ C'est particulièrement le cas lorsqu'un mot renvoie à un sentiment, fruit d'un processus historique propre à un seul État, comme la notion de « République » en France. La situation est d'ailleurs illustrée par moult exemples de mots intraduisibles ou difficilement traduisibles en linguistique juridique. Notamment, le professeur FERREIRA DA CUNHA souligne les « difficultés de la rédaction de la Constitution japonaise dans l'importation de concepts occidentaux, aussi bien que [l]es difficultés de traduction précisément de l'expression État de droit en russe, et surtout en chinois » ; l'auteur évoque également les différences entre les droits de l'homme et les *human rights*, que le portugais distingue ainsi : *direitos do homem* et *direitos humanos*. Voir P. FERREIRA DA CUNHA, « Une approche linguistique à l'État de droit et aux droits fondamentaux » in P. ARSAC, J.-L. CHABOT et H. PALLARD (dir.), *État de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle*, Paris, L'Harmattan, 1999, 367 p., pp. 321-332, p. 328. Pourtant, l'élément psychologique du vocabulaire est trop souvent négligé.

⁷⁰ P. FERREIRA DA CUNHA, *ibid.*, p. 330. Se référer également à G. CORNU, « Rapport de synthèse » in N. MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, n° 5, 1999, 110 p., pp. 99-108, p. 108.

⁷¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 2004, 968 p., pp. 549-550.

⁷² Voir par ex. J.H.H. WEILER, « *The European Courts of Justice: Beyond 'Beyond Doctrine' or Legitimacy Crisis of European Constitutionalism* », A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET et J.H.H. WEILER, *The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence (Legal Change in Its Social Context)*, Oxford, Hart Publishing, 1998, 391 p., pp. 365-391, p. 382 : « *there is no European demos - not a people not a nation [...] a Parliament without a demos is conceptually impossible, practically despotic* ». Autrement dit, « il n'y aucun *demos* européen - pas de peuple pas de nation [...] un Parlement sans *demos* est conceptuellement impossible, concrètement despotique ».

⁷³ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 7^{ème} éd., 2005, 715 p., § 150, pp. 208-212.

du fait communautaire en tant que tel ne peut ainsi qu'être fragmentaire et sa compréhension trop incomplète, voire erronée.

20. *Le choix d'une rigueur linguistique.* Vouloir étudier le fait communautaire implique alors de s'extraire du vocabulaire national, en ce que ce vocabulaire est le résultat d'une structuration mentale d'une réalité particulière étatique. Si déjà entre les États les concepts ne sont pas transposables, il apparaît difficile d'utiliser les mêmes concepts pour étudier un phénomène dont tout le monde s'accorde pour considérer qu'il ne s'agit pas d'un État⁷⁴. D'un autre côté, nous devons prendre garde à éviter toute « amphibologie ou ambiguïté »⁷⁵ linguistique dans le choix de nouveaux mots. À défaut, nous risquons de tomber dans le travers de la « babélisation » dénoncé par le professeur ARNAUD : le néologisme ne doit pas résulter d'un quelconque « zèle doctrinal » ; il ne doit pas être « gratuit »⁷⁶. En revanche, il doit rendre compte, si nécessaire, d'une réalité nouvelle.

21. *Les postulats linguistiques.* Au regard de ces considérations, la rigueur linguistique engendre deux postulats supplémentaires.

D'une part, nous ne considérerons pas que les signifiants utilisés en droit communautaire renvoient au même contenu sémantique que les signifiants nationaux. Autrement dit, ce qui s'appelle « droits fondamentaux », « loi », « constitution »... en droit communautaire ne sera pas considéré comme déjà connu du fait de nos expériences en droit national. Certes, il pourra y avoir correspondance, voire identité, mais cela ne sera jamais présupposé au risque de négliger la nature *propre* du droit communautaire.

D'autre part et inversement, lorsque nous utiliserons des mots déjà utilisés en droit national (parce que le néologisme trouve sa limite dans la nécessité de rester compréhensible), ces mots ne devront pas être entendus dans le même sens. Nous nous efforcerons de toute façon d'indiquer clairement au lecteur la différence. En outre, nous chercherons à éviter tout vocabulaire à connotation « statocentrée » trop prononcée. Nous souhaitons en effet contrer les réflexes cognitifs stimulés par la lecture d'un mot spécifique. En particulier, nous refuserons de parler de « pouvoir constituant » communautaire, dans la mesure où aucun État communautaire n'a concrètement été institué. Dès lors, nous préfererons nous référer à la « puissance constitutive » des États membres, en ce qu'ils sont maîtres des traités d'une part, et en ce qu'il s'agit d'une action

⁷⁴ La question de définir positivement la nature de la construction communautaire est beaucoup moins consensuelle. Certains parlent d'un « "État mutant" intégré dans un ensemble "pré-fédéral", sorte d' "OPNI" ("Objet Politique Non Identifié") naguère évoqué par Jacques DELORS », comme rappelé par le professeur GAÏA : « Le contrôle de constitutionnalité des normes communautaires » in H. GAUDIN (dir.), *Droit constitutionnel droit communautaire : vers un respect constitutionnel réciproque ?*, op. cit., pp. 39-70, p. 54. D'autres mettent plus l'accent sur la nature internationale de l'Union européenne et la présente comme une « organisation internationale d'un genre particulier » ; voir T.C. HARTLEY, *Constitutional problems of the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 1999, 190 p., p. 139 : « international organisation of a special kind ». Sur cette question, voir également J.-P. PUISOCHET, « L'affirmation de la personnalité internationale des Communautés européennes » in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, 556 p., pp. 437-450, not. p. 450.

⁷⁵ G. CORNU, *Linguistique juridique*, op. cit., p. 89.

⁷⁶ A.-J. ARNAUD, « Préface à la première édition » in *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, 758 p., pp. XII-XIII.

fondatrice mais non-constitutionnelle d'autre part. D'ailleurs, la Commission européenne a pu utiliser un tel qualificatif⁷⁷.

22. En somme, notre approche de la protection des droits fondamentaux communautaires se veut la plus objective possible. Nous voulons nous appliquer à nous détacher de nos automatismes méthodologiques et linguistiques pour aborder le fait communautaire en lui-même. Dès lors, nous pouvons nous pencher sur la signification des éléments qui nous intéressent pour notre thèse.

III. Délimitation du sujet

23. L'articulation de nos quatre postulats met en exergue certes la difficulté mais la nécessité impérieuse de s'extraire des préalables nationaux pour apprécier en lui-même le droit communautaire ; l'intégrité de l'analyse en dépend. Une fois les réflexes « statocentrés » dénoncés et la démarche méthodologique posée, encore faut-il déterminer l'objet de sa recherche. Pour ce faire, une approche analytique des termes de notre problématique permettra de mieux préciser notre propos, tout en mettant en avant notre subjectivité irréductible mais « consciente d'elle-même »⁷⁸.

A. Une garantie de l'Union et de la Communauté européennes de droit

24. Envisager un objet de recherche implique une double opération dont l'une des étapes est souvent négligée. Certes, l'objet doit être défini en lui-même, chacun des éléments de cet objet étant envisagé. Toutefois, la quête de la scientificité nécessite de délimiter préalablement son champ d'investigation, autrement dit de déterminer l'« univers de référence » de son discours. En effet, comme le démontre le professeur MATHIEU-IZORCHE, si « [g]énéralement, le juriste n'explicite pas l'univers du discours, car le destinataire est supposé se référer au même univers que l'émetteur », la caractérisation de l'« univers de référence » présente des intérêts essentiels pour la communication et la recherche, mais surtout pour la qualité du raisonnement. Ainsi l'auteur peut-il prévenir la mauvaise interprétation, ou encore « l'exploitation volontaire de ce défaut de désignation par un des interlocuteurs »⁷⁹. Appliquée à notre recherche, cette logique oblige à la spécification du cadre de la garantie des droits fondamentaux

⁷⁷ Commission des CE, « La protection des droits fondamentaux dans la Communauté européenne », rapport du 4 février 1976, *Bulletin des Communautés européennes*, 1976, supplément n° 5, § 28, alinéa 3 : à propos des « droits fondamentaux transposés en règles par la Convention sont à reconnaître comme généralement obligatoires dans le droit communautaire sans qu'aucun acte constitutif ne doive intervenir ». Nous soulignons.

⁷⁸ C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, op. cit., p. 167.

⁷⁹ Pour les deux citations, M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, op. cit., resp. p. 128, pp. 133-188 et p. 157. De la même manière, le professeur GREWE souligne l'importance « de dégager d'abord [la] théorie générale du texte », autrement dit son contexte non seulement pour la cohérence de l'interprétation doctrinale, mais également pour permettre sa « "contrôlabilité" ». Voir C. GREWE, « Le juge constitutionnel et l'interprétation européenne » in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 354 p., pp. 199-229, p. 224.

communautaires, soit l'ordre juridique de l'Union et de la Communauté européennes. Notre hypothèse de base est de poser l'existence de cet ordre juridique, indépendamment de ses caractères. Cette proposition a d'ailleurs le mérite d'être à notre connaissance communément admise⁸⁰. Cet ordre juridique est donc susceptible de constituer un contexte spécifique à notre objet d'étude.

25. L'ordre juridique communautaire mérite alors une attention distinctive, afin d'éviter l'écueil de la mauvaise compréhension de la nature *propre* du droit communautaire⁸¹. Aussi les successions d'analyses État par État ne nous convaincront pas⁸². Certes, les rédacteurs des traités se sont inspirés des mécanismes nationaux pour élaborer ceux du droit communautaire. Mais le contexte multinational influant, les mécanismes se sont rapidement émancipés de leurs origines. Le droit comparé s'est alors rapidement « imposé comme naturel et nécessaire »⁸³, se substituant ainsi aux influences nationales.

En fait, le professeur CONSTANTINESCO propose de « sortir du statomorphisme » en identifiant l'Union et la Communauté européennes « comme une forme de société politique non-étatique »⁸⁴. Cette démarche permet en outre d'envisager une recherche comparative précise. En effet, l'opération de comparaison implique l'identification préalable d'au moins deux objets qui, parce qu'ils ne sont pas confondus, pourront être comparés. En distinguant l'objet *garantie de l'ordre juridique communautaire* de l'objet *garantie de l'ordre juridique étatique*, il s'agit non pas de nier les liens qui les unissent⁸⁵, mais d'en envisager les caractères de manière neutre. Autrement dit, notre volonté consciente de distinguer clairement ces deux objets nous permettra d'éviter de projeter insidieusement nos aspirations en matière de politique juridique ou de morale, sur ce que nous voudrions que l'ordre juridique communautaire soit ou ne soit pas en fonction de ce que nous connaissons de notre ordre juridique national. D'ailleurs, la quête d'objectivité

⁸⁰ Pour quelques exemples, se référer à J.-V. LOUIS, *L'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, éd. de la Commission des CE, coll. « perspectives européenne », 6^{ème} éd., 1993, 241 p. ; ou encore à D.SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., 779 p.

⁸¹ J. VERGES, « Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, 556 p., pp. 513-531, p. 513 : « La mention d'un "déficit" communautaire en matière de droits fondamentaux de la personne relève presque du discours convenu chaque fois que l'on ne juge le système communautaire qu'à l'aune des grands instruments internationaux de protection des droits de l'homme, ce qui n'est pas l'angle le plus approprié pour juger un système juridique reposant, à l'origine, sur trois traités à vocation principalement économique ».

⁸² Voir par ex. A. BERRAMDANE, *La hiérarchie des droits – Droit internes et droits européen et international*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2002, 272 p.

⁸³ J. BOULOIS, « La France et la Cour de justice des Communautés européennes » in *Droit communautaire et droit français – Recueil d'études*, France, éd. La Mémoire du Droit, 1999, 380 p., pp. 145-151, spéc. p. 151.

⁸⁴ V. CONSTANTINESCO, « La question du gouvernement de l'Union européenne », *Europe*, 2002, n° 7, pp. 3-6, p. 3.

⁸⁵ J.H.H. WEILER et S.C. FRIES, « A Human Rights Policy for the EC and Union: the Question of Competences » in P. ALSTON (dir.), *The European Union and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 946 p., pp. 147-165, p. 161 : « All of us often fall into the trap of thinking of the Community as an entity wholly distinct from the Member States ». « Nous tombons tous souvent dans le piège de penser la Communauté en tant qu'entité complètement distincte des États membres ».

n'est pas seulement utile pour se préserver du rêve plus ou moins fédéraliste, mais aussi pour éviter de donner au souverainiste l'opportunité d'utiliser nos propos hors de leur contexte⁸⁶ ou de leur « univers de référence ».

26. Par ailleurs, en conformité avec notre volonté de sortir de la logique systémique inductive, nous n'aurons pas la volonté de concevoir l'ordre juridique communautaire comme absolu ou immuable. Au contraire, nous avons conscience que les « univers de référence » sont à même d'évoluer, induisant une modification des *vérités* et un « glissement du sens des mots »⁸⁷. Ainsi chaque concept communautaire est-il susceptible de revêtir une définition différente selon le point de référence de la construction communautaire envisagé. En tout cas, nous ne présupposons pas que les concepts sont identiques selon les périodes, du simple fait de l'utilisation du même mot ou signifiant.

Cette précaution méthodologique est d'autant plus importante que la qualification de l'ordre juridique communautaire a évolué : d'une *Communauté* de droit, il est devenu une *Union* de droit. Si la pauvreté de l'intérêt doctrinal pour cette transition est patente, nous conserverons notre volonté de douter de la réalité de l'identité des deux objets. Certes, la compréhension du fait communautaire en sera *a priori* compliquée. Toutefois, la méthodologie temporelle⁸⁸ proposée par l'ancien juge à la CJCE PESCATORE nous permettra de présenter les éventuels différences, évolutions et changements d'une manière intelligible, par la prise en compte de l'ordre temporel nécessairement chronologique : la flèche du temps encore appelée « axe diachronique » est irréversible ; elle constitue le préalable nécessaire à la réflexion suivant « l'axe synchronique ». Ce dernier permet en effet « de situer les événements au niveau de leur contemporanéité et, ainsi, de mieux discerner ce qui est "avant" et ce qui vient "après", par rapport à un incident donné. Cette distinction est importante pour toutes les questions dans lesquelles intervient le couple causalité/responsabilité »⁸⁹. Cette approche méthodique est donc nécessaire pour replacer les choses dans leur *réel* contexte et ainsi éviter aussi bien des interprétations abusives que des oublis fâcheux.

B. Une garantie des droits fondamentaux communautaires

27. Une fois l'ordre de référence arrêté, le scientifique peut s'attacher à identifier les éléments de son objet d'étude. De la même manière, une fois l'ordre juridique déterminé, le juriste peut s'intéresser à la chose qui l'anime, en l'occurrence les

⁸⁶ Voir les propos de P. PESCATORE in « La Constitution, son contenu, son utilité. La constitution nationale et les exigences découlant du droit international et du droit de l'intégration européenne : Essai sur la légitimité des structures supra-étatiques », *Revue de droit suisse*, 1992, pp. 41-72, p. 59. Il y dénonce « une danse folle de concepts ambigus dont certains cachent mal leur tendance profonde qui est d'asséner, sous prétexte de progrès, un coup de barre à l'intégration européenne et de renationaliser une partie de ce qui a été déjà concédé à la Communauté ».

⁸⁷ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, op. cit., p. 152.

⁸⁸ P. PESCATORE, *Lecture critique de l'encyclique « Fides et ratio »*, Luxembourg, Institut Grand-Ducal, 2000, 57 p., p. 23.

⁸⁹ *Id.*

droits fondamentaux communautaires. Alors que l'unité conceptuelle des droits fondamentaux nationaux n'est pas forcément acquise⁹⁰, il devient essentiel de s'interroger sur la nature des droits fondamentaux communautaires. En particulier, l'identité de signe linguistique (ou signifiant) ne doit pas conduire à l'assimilation des concepts (ou signifiés) aux niveaux national et communautaire.

28. De l'appréhension entière des droits fondamentaux communautaires. En tant que contreparties des devoirs des citoyens communautaires, les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique spécifique de l'Union et de la Communauté européennes de droit méritent une attention non seulement particulière, mais également entière. En effet, la compréhension de leur garantie ne peut se résumer à l'étude de l'un ou l'autre droit, chaque droit obéissant à des règles d'application qui lui sont propres. De la même manière, la restriction du champ d'investigation à un domaine circonscrit, tel que la concurrence, porterait en germe le risque de ne pas embrasser pleinement la réalité d'un phénomène qui transcende les branches du droit communautaire. Ainsi, en transposant les propos de Henri LECLERC, nous pourrions énoncer qu'« il ne faut pas se limiter à l'examen de certains problèmes ponctuels, mais mener une vraie réflexion sur le problème »⁹¹ des droits fondamentaux.

Le refus de l'approche partielle engendre toutefois une difficulté quasi insurmontable : le temps d'une vie et de surcroît le temps d'une thèse ne peuvent suffire à étudier tout ce qui relève des droits fondamentaux communautaires. Il est cependant possible de différencier la problématique de la garantie des droits fondamentaux en général, de l'étude du contenu et des logiques d'application de chaque droit. La doctrine distingue d'ailleurs très souvent l'étude des droits garantis de celle de la garantie des droits⁹². Nous nous écarterons donc du contenu des droits fondamentaux, afin de nous concentrer sur leur protection en général, même si des éléments concernant un droit spécifique pourront nourrir la réflexion.

29. Le signifiant droit fondamental. Par ailleurs, notre utilisation de l'expression *droit fondamental* doit être précisée, en concordance avec notre recherche de rigueur linguistique. Elle est en fait le résultat d'une conjonction de plusieurs éléments. Déjà, la controverse doctrinale qui a suscité notre intérêt se réfère aux *droits fondamentaux*. Cependant, si une communication est toujours plus efficace lorsque les interlocuteurs utilisent les mêmes mots, la recherche de scientificité devait nous mener

⁹⁰ La réflexion théorique sur le concept « droit fondamental » perdure en effet. Voir par ex. G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, n° 38, 2004, 497 p.

⁹¹ H. LECLERC, « Procédures et droits fondamentaux, enjeu de l'espace judiciaire européen », *RMCE*, 2000, pp. 319-320, p. 320 : « Il ne faut pas se limiter à l'examen de certains problèmes ponctuels, mais mener une vraie réflexion sur le problème de la justice ».

⁹² Pour plusieurs approches, voir L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit. : étude de « la protection constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux », puis des « droits fondamentaux protégés » ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, 791 p. : étude du « système de protection constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux », puis des « droits et libertés fondamentaux constitutionnels » ; ou encore F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit. : étude des « droits garantis », puis des « garanties des droits de l'homme ».

vers une motivation plus soutenue. Ainsi, en second lieu, l'expression *droit fondamental* présente un intérêt méthodologique essentiel. En effet, elle exclut l'utilisation d'expressions imparfaites car trop polysémiques⁹³. Notamment, les *droits de l'homme* constituent une prescription philosophique d'ordre politique ou moral, non spécifique au domaine juridique⁹⁴. Le signifiant *droits de l'homme* ne pouvait donc pas concorder à notre démarche : d'une part, il est trop équivoque au regard de la rigueur linguistique recherchée et d'autre part, il ne correspond pas à la rigueur méthodologique voulue car, en ouvrant la porte à la philosophie, il risque de faire confondre le juridique et le politique, alors que nous voulons justement nous en préserver⁹⁵.

En revanche, partant du principe qu'un même signifié peut revêtir différentes appellations selon les langues, nous n'opérons pas de distinction entre *droit* et *liberté*⁹⁶. En tout cas, par *droits fondamentaux communautaires* nous visons aussi bien ce qui, dans la langue française, est appelé *droit fondamental* ou *liberté fondamentale*.

30. Le signifiant étant dorénavant posé, et afin d'éviter les confusions, la nécessité de définir notre signifié devient prégnante, de manière à ce que notre scientificité s'exprime non seulement pour les mots, mais également dans les mots. Assimilés aux droits fondamentaux nationaux, les droits fondamentaux communautaires s'en distinguent toutefois. Une définition négative (1) nous permettra alors de nous affranchir de ces réflexes, pour aborder positivement ce que sont en réalité les droits fondamentaux communautaires (2).

1. L'autonomisation des droits fondamentaux communautaires

31. La notion de droit fondamental peut apparaître *a priori* comme connue et intelligible, du fait de l'importance grandissante de son étude universitaire. D'ailleurs, moult auteurs s'y réfèrent, mais ils n'en développent pas une définition unanime⁹⁷. Pourtant, le doyen FAVOREU propose une définition simple et précise :

« les droits fondamentaux sont reconnus aux personnes physiques et morales par des textes et normes supralégislatifs comme des "permissions" opposables aux prérogatives des trois pouvoirs (législatif, exécutif et judiciaire) et même à celles des institutions supranationales »⁹⁸.

⁹³ Pour un exemple de précisions linguistiques particulièrement utiles, se référer à G. PECES-BARBA MARTINEZ, *op. cit.*, pp. 21-36. L'auteur y envisage les droits de l'homme, les droits naturels, les droits publics subjectifs, les libertés publiques, les droits moraux et les droits fondamentaux pour ne retenir comme satisfaisant que cette dernière terminologie.

⁹⁴ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 23 : « En utilisant le terme "droits de l'homme" nous pouvons faire référence à une prétention morale ou à un droit subjectif protégé par une norme juridique [...] ce mot est d'un usage ambigu qui peut signifier deux choses distinctes ».

⁹⁵ Voir *supra*, § 16, deuxième postulat.

⁹⁶ La doctrine relativise d'ailleurs cette distinction. Notamment, voir G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 411, où les libertés fondamentales sont présentées comme les « libertés jointes aux droits fondamentaux (parfois incluses en eux) et de même valeur ».

⁹⁷ Le professeur PICARD recense ainsi trois conceptions distinctes dans « Droit fondamental » in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 544-549.

⁹⁸ L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, Introduction, p. 2.

Le caractère prépondérant consiste alors en la valeur supralégislative de la proclamation du droit fondamental. Néanmoins, deux interprétations sont possibles.

32. D'une part, le point de référence peut être considéré comme étant la loi de l'ordre national, ce qui correspond à la logique adoptée par le doyen FAVOREU. Or, dans le cadre de notre projet, cette interprétation emporte une contradiction logique : la qualification d'une norme d'un ordre juridique dépendrait d'une norme d'un autre ordre juridique. Certes, cela correspondrait à la notion d'*ordre juridique communautaire intégré aux droits des États membres*. Toutefois, cette démarche comporte un double risque : chaque juriste est susceptible non seulement d'adapter le fait communautaire à sa vision du droit, même comparé, mais surtout de confondre fondamentalement deux objets supposés différents parce qu'émanant de deux ordres juridiques supposés différents. L'opération de comparaison perdrait alors en rigueur et en vérité, dépréciation d'autant plus préjudiciable que notre projet consiste en l'étude du fait communautaire en lui-même.

33. D'autre part, le point de référence peut être interprété comme étant la loi dans chaque ordre juridique, y compris supranational. Cette démarche suppose alors d'identifier la norme législative communautaire. Cependant, en l'absence de corps législatif, le Parlement européen n'étant pas « le titulaire du pouvoir législatif dans le système [...] communautaire »⁹⁹, il semble difficile d'identifier une loi telle que conçue dans la seconde définition proposée. En fait, il serait possible d'attribuer une autre signification plus large¹⁰⁰ au mot loi déterminant le caractère supralégislatif du droit fondamental. Toutefois, ce raccourci méthodologique aurait pour conséquence d'assimiler deux objets sur le fondement d'un critère défini différemment selon le contexte. Certes, comme nous le constaterons¹⁰¹, la relativité ne doit pas être exclue du raisonnement juridique. Elle ne doit pour autant pas conduire à assimiler des objets trop différents. Or, au sens large, la loi représente « l'ensemble du droit en vigueur, qu'il soit législatif, réglementaire ou jurisprudentiel ». Dès lors, si l'on se fonde sur cette définition étendue, on accepte que les droits fondamentaux puissent être reconnus par une norme réglementaire *stricto sensu*, inférieure à la norme législative *stricto sensu*. Autrement dit, on sape le caractère constitutif de valeur supralégislative des droits fondamentaux posé par le doyen FAVOREU. La démarche emporte donc la confusion et ne peut répondre à nos attentes.

34. La transposition du concept *droit fondamental* connu au sein des droits nationaux dans le droit communautaire ne semble donc pas rigoureusement adéquate. Dans la même logique de notre appréhension de la particularité de l'ordre juridique communautaire, nous supposerons donc que les droits fondamentaux de l'Union et de la Communauté européennes sont originaux. Ils méritent alors une considération distinctive

⁹⁹ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., § 161, p. 226. Voir également P. CANDUSSEAU, « L'introuvable pouvoir législatif », *RMC*, 1974, pp. 371-372 ; et plus récemment P. MANIN, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, op. cit., § 469.

¹⁰⁰ Voir *supra*, § 19.

¹⁰¹ Voir *infra*, §§ 865 et s.

qui prendra la forme de l'adjonction systématique d'un qualificatif marquant leur originalité, comme l'expression *de l'Union et de la Communauté européennes (de droit)* ou encore l'adjectif *communautaire*¹⁰², à moins que le contexte ne soit suffisamment explicite. Si les droits fondamentaux communautaires sont supposés distincts des droits fondamentaux nationaux, l'étude des premiers nécessite de formuler la potentialité de leur différence au travers d'une définition susceptible de fonder notre démarche scientifique.

2. L'identification des droits fondamentaux communautaires

35. Face à la diversité des définitions des droits fondamentaux nationaux, la caractérisation des droits fondamentaux communautaires peut sembler être une tâche d'autant plus difficile qu'aucune définition officielle univoque n'a pour l'instant été élaborée. En effet, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'apporte aucune spécification de l'objet dont elle a pourtant pour fonction explicite de traiter. Seuls quelques éléments de son Préambule nous indiquent que « l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité », ou encore que « [l']Union contribue à la préservation et au développement de ces valeurs communes »¹⁰³. De la même manière, l'alinéa 2 du Préambule du traité établissant une Constitution pour l'Europe fait référence aux « valeurs universelles que constituent les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine »¹⁰⁴. Autrement dit, les droits fondamentaux assimilés à des « valeurs fondamentales »¹⁰⁵ seraient caractérisés comme tels par leur contenu. Cette démarche que l'on peut qualifier de matérielle ou jusnaturaliste présente toutefois deux inconvénients majeurs.

36. En premier lieu, parler de *valeurs* implique d'adopter une conception que certains appellent « objectiviste »¹⁰⁶ ou encore « matérielle ou fonctionnelle »¹⁰⁷. Ainsi les droits fondamentaux communautaires sont-ils conçus comme l'expression principale des principes généraux du droit communautaire, outils permettant de garantir « que l'action communautaire, que les institutions de l'Union décident d'entreprendre et les États mettent en œuvre, respectent les valeurs fondamentales de nos sociétés »¹⁰⁸.

¹⁰² Nous choisissons de ne pas utiliser l'adjectif *européen* afin d'éviter toute confusion entre les ordres juridiques de l'Union et de la Communauté européennes d'une part, et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) d'autres part. Toutefois, nous serons tenue de respecter les titres et noms officiels, tels que *Union européenne*, *Conseil européen* ou *Commission européenne*.

¹⁰³ *Op. cit.*, resp. alinéas 2 et 3.

¹⁰⁴ *Op. cit.*

¹⁰⁵ C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, § 579, p. 362.

¹⁰⁶ É. PICARD, « Droit fondamental » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 544-549, spéc. pp. 548-549.

¹⁰⁷ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 10-12.

¹⁰⁸ C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, § 579, p. 362.

La déférence à l'importance sociale du droit, contenu de la norme, porte toutefois en germe la confusion entre le juridique et le philosophique. D'ailleurs, certains auteurs n'en évitent pas l'écueil, par exemple en utilisant indifféremment les expressions *droits fondamentaux* et *droits de l'homme*¹⁰⁹, concepts pourtant différents. Certes, la doctrine considère que la CJCE « les tient pour équivalen[ts] »¹¹⁰ ; cependant, lorsque les auteurs négligent de préciser leur « univers de référence », le discours n'est pas à l'abri de l'« amphibologie ou ambiguïté »¹¹¹, le lecteur d'une erreur de compréhension dangereuse pour une correcte appréhension du fait communautaire.

37. En second lieu, se référer au contenu implique de pouvoir identifier les *valeurs fondamentales*. Or, en l'absence d'attribution de valeur contraignante à la Charte des droits fondamentaux, aucune liste officielle n'est à l'heure actuelle en vigueur. Certes, la doctrine s'est brillamment attelée à cette tâche¹¹². Pourtant, comme les auteurs se fondent sur la jurisprudence de la Cour de justice, leur liste ne répond pas à une logique matérielle, mais à une logique formelle tenant à la reconnaissance des droits fondamentaux communautaires par une norme jurisprudentielle. Dès lors, la démarche matérielle se révèle insatisfaisante en ce qu'elle ne permet pas d'identifier clairement les droits fondamentaux communautaires.

38. Une autre approche, formelle ou normativiste, est alors envisageable. Selon cette démarche, les droits sont considérés comme juridiquement fondamentaux du fait de leur proclamation par un certain type de norme¹¹³. Pour le droit communautaire, la difficulté réside en ce que, pendant longtemps, les traités sont restés silencieux en matière de droits fondamentaux. Face à la fois au silence des textes et à la nécessité de prendre position, la CJCE devait toutefois trouver un palliatif de manière à résoudre les questions auxquelles elle était confrontée. Elle choisit la voie des principes généraux du droit que nous qualifierons systématiquement de *communautaires* (PGDC) pour éviter toute confusion avec le concept du même nom en droit national (PGD). En incluant les droits fondamentaux dans les PGDC, elle leur conféra une valeur, la même que celle du contenant. Ainsi les droits fondamentaux se virent-ils situés au même niveau que les traités constitutifs¹¹⁴. Dans une logique formelle, les droits communautaires sont alors fondamentaux du fait de leur valeur juridique, autrement dit de leur consécration par un PGDC et indépendamment de leur valeur philosophique.

¹⁰⁹ Voir not. C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., §§ 119, 120 ou encore 124.

¹¹⁰ J. MOLINIER (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, PUF, coll. Droit et justice, Paris, 2005, 280 p., p. 184. citant F. SUDRE, *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 249 p., § 5, p. 9.

¹¹¹ G. CORNU, *Linguistique juridique*, op. cit., p. 89.

¹¹² Voir par ex. C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., § 582, pp. 365-366 ; ou encore J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, op. cit., pp. 277-287.

¹¹³ Nous retrouvons d'ailleurs la même logique que celle employée par le doyen FAVOREU pour la définition des droits fondamentaux du point de vue national.

¹¹⁴ La doctrine est à ce sujet foisonnante. Pour un exemple, voir J. VERGES, « Droits fondamentaux et droits de Citoyenneté dans l'Union européenne », *RAE*, 1994, n° 4, pp. 75-97, spéc. p. 85.

39. Une telle approche fut d'ailleurs officialisée ultérieurement par les États membres. Ainsi l'article F§2 du traité de Maastricht¹¹⁵, repris par l'article 6§2 du traité d'Amsterdam¹¹⁶, codifie-t-il l'existence des droits fondamentaux *via* les PGDC en proclamant :

« L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».

Relevant de la catégorie des PGDC, les droits fondamentaux communautaires sont alors pourvus des mêmes caractéristiques que ces derniers. Ce sont avant tout des principes reconnus par le juge communautaire qui deviennent, par cette reconnaissance, juridiques, d'effet direct et de valeur égale aux traités constitutifs¹¹⁷, mais ils se particularisent par leur objet : l'attribution d'une prérogative au bénéfice de la personne¹¹⁸. En réalité, le contenu n'est pas impératif ou prédéterminé. En effet, la formulation de l'article 6, § 2, TUE n'incorpore ni la CESDH, ni les traditions constitutionnelles communes aux États membres. D'ailleurs, la Cour de justice a toujours entendu se réserver une « marge de manœuvre »¹¹⁹ pour interpréter et dégager des droits extérieurs afin de les rendre compatibles avec les spécificités de l'ordre juridique communautaire. En tout cas, ces deux éléments constituent des sources d'inspiration que la « puissance constitutive » communautaire a voulu officialiser.

40. En définitive, les droits fondamentaux communautaires sont des droits reconnus comme PGDC par l'autorité habilitée à dégager les PGDC, c'est-à-dire le juge communautaire, et selon les conditions posées par la norme supérieure dont il procède prescrivant un contenu inspiré de la CESDH et des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Puisque, en réalité, aucun contenu n'est absolument attendu du fait du caractère évolutif et libre de l'inspiration, le critère de la reconnaissance jurisprudentielle devient l'élément le plus opérationnel de notre définition des droits fondamentaux communautaires. Le juge, déjà compris comme particulièrement

¹¹⁵ *Traité portant création de l'Union européenne* (TUE) signé à Maastricht le 7 février, et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, *JOCE*, C 224 du 31 août 1992, pp. 1-79.

¹¹⁶ *Traité portant modification du traité sur l'Union européenne* signé le 2 octobre 1997 à Amsterdam, et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, *JOUE*, C 340 du 10 novembre 1997, pp. 173-308.

¹¹⁷ À ce sujet, voir not. J. MOLINIER (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 31-32.

¹¹⁸ Nous soulignons que le fait que l'article 6§2 TUE prescrive un contenu ne s'oppose pas à l'analyse positiviste. En effet, celle-ci n'empêche pas une norme supérieure de prescrire un certain contenu. Dans ce cas, elle ajoute seulement des conditions à la création de la norme inférieure qui ne peut exister qu'en raison de son respect des conditions prévues par la norme supérieure. (Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2^{ème} édition de la *Reine Rechtslehre* par C. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, 496 p., p. 5). Les conditions relatives au contenu sont alors posées par le droit. Autrement dit, elles deviennent du droit positif. En ce sens, les PGDC ne se confondent pas avec d'autres éléments, comme les principes fondateurs de l'Union européenne. (Voir J. MOLINIER (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 24-34).

¹¹⁹ J. MOLINIER (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 196.

protecteur des droits fondamentaux en général¹²⁰, joue ainsi un rôle existentiel pour les droits fondamentaux communautaires. Il devient donc impossible d'occulter la dimension jurisprudentielle, et par ricochet juridictionnelle, de la protection des droits fondamentaux communautaires.

C. Une garantie juridictionnelle

41. La garantie des droits fondamentaux communautaires s'entend de leur protection. L'utilisation de l'un ou l'autre mot n'aura ainsi pas d'importance dans nos propos. En fait, nous visons la garantie telle que définie dans une optique de droit public, c'est-à-dire l'« ensemble des dispositions et procédés [...] qui tendent à empêcher par des interdictions ou d'une manière générale par un système quelconque de limitation du pouvoir la violation des droits de l'homme par les gouvernants »¹²¹. Diverses techniques peuvent être employées. Elles sont classiquement regroupées en deux catégories : les garanties de fond et les garanties juridictionnelles. Toutefois, en ce qui concerne les droits fondamentaux communautaires, les garanties de fond sont difficilement identifiables. En effet, aucun des mécanismes envisageables ne trouve de correspondance en droit communautaire, essentiellement du fait de l'absence de proclamation écrite juridiquement contraignante de droits fondamentaux communautaires¹²². L'étude des garanties de fond de ces droits ne présente donc qu'un intérêt prospectif. Nous nous en tiendrons dès lors à l'analyse des garanties existantes des droits fondamentaux communautaires, soit les garanties juridictionnelles.

42. L'étude du caractère juridictionnel de la protection des droits fondamentaux communautaires implique de s'intéresser à la juridiction chargée d'une telle fonction. Le préalable nécessaire consiste en l'identification de la ou des juridiction(s) intéressant notre réflexion. En fait, toute juridiction susceptible d'appliquer ou d'apprécier le droit de l'Union et de la Communauté européennes, et donc de mettre en œuvre les droits fondamentaux communautaires, entre sur le terrain de nos

¹²⁰ P. PESCATORE, « La légitimité du juge en régime démocratique », *Commentaire*, 2000, pp. 339-349, p. 345 : « Le domaine qui, de la manière la plus visible, met en action le rôle protecteur du juge est la garantie des *droits fondamentaux* ».

¹²¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, pp. 428-429, p. 429.

¹²² À propos des garanties de fond envisageables, voir L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, §§ 146-167, pp. 126-142. En ce qui concerne le droit communautaire, la question de savoir si les dispositions fondamentales proclamées sont directement applicables, ou ont besoin d'une norme d'application, autrement dit la question de *l'effet immédiat des droits fondamentaux communautaires* ne se pose pas (§ 147). La *réserve de loi* nécessite également une proclamation des droits fondamentaux attribuant la compétence de mise en œuvre au pouvoir législatif (§ 154) ; or, aucune disposition de ce type n'existe en droit communautaire. Le *respect du contenu essentiel des droits fondamentaux*, en tant que limite à la compétence législative en matière de droits fondamentaux (§ 159), ne trouve donc pas non plus à s'appliquer. De même, le *caractère exceptionnel et conditionnel des suspensions de garantie* n'est pas prévu dans les textes communautaires (§ 161). Il serait en effet difficile de déterminer par exemple un état de siège alors que le territoire communautaire n'est que le résultat de l'agrégat des territoires nationaux. Enfin, *l'aménagement de la procédure de la révision de la Constitution* ne trouve pas non plus d'objet puisqu'il n'y a ni constitution ni procédure de révision des traités communautaires existants (§ 167).

investigations¹²³. Seraient alors concernées toutes les juridictions nationales dans leur fonction communautaire, ainsi que la CEDH confrontée de plus en plus souvent à la question communautaire¹²⁴. Figurent toutefois au premier chef les juridictions instituées par les traités communautaires au sein de la Cour de justice : la CJCE et le TPICE, organes chargés par excellence d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application du [traité CE] »¹²⁵.

Nous nous concentrerons en fait sur l'action de la Cour de justice, en ce qu'elle constitue le premier juge du droit communautaire. Elle joue en effet un rôle d'autant plus essentiel dans l'interprétation du texte des traités, qu'elle se détache des contextes nationaux pour promouvoir l'ordre juridique communautaire en lui-même. Néanmoins, puisque la Cour de justice coopère avec les juges nationaux *via* la procédure de renvoi préjudiciel¹²⁶, elle tend à ouvrir le dialogue à l'intention des autres juges susceptibles d'appliquer le droit communautaire. Ce développement du dialogue des juges nous conduira ainsi à évoquer ces autres juges, ne serait-ce que pour comprendre les termes des échanges et leur résultat.

43. Faisant déjà l'objet d'une doctrine foisonnante¹²⁷, l'étude des organes de la Cour de justice du point de vue institutionnel ne retiendra qu'indirectement notre attention. Certes, en nous concentrant sur le contentieux des droits fondamentaux communautaires, nous ne pourrions faire l'impasse sur les juridictions et les procédures. Toutefois, ces éléments servent une fonction, rendre la justice, qui s'anime dans un environnement spécifique qui cadre la fonction. De la sorte, la fonction agit selon son cadre, l'ordre juridique dont elle procède. Du fait de son rôle interprétatif, la fonction est pourtant susceptible de renouveler son cadre. Se développe alors une dynamique d'interactions dont il est difficile de saisir la portée par des textes descriptifs des institutions et des procédures par nature statiques.

En particulier, si l'ordre juridique de la Communauté de droit, puis de l'Union de droit, ne se caractérise pas par des droits fondamentaux, il devient intéressant de comprendre pourquoi la Cour de justice a pu se reconnaître compétente pour développer la protection des droits fondamentaux communautaires, absents des textes communautaires fondateurs. En l'occurrence, connaître institutionnellement la Cour de justice ne nous aide pas. Il n'existe en effet aucun lien logique entre le nombre de juges, ou encore le nombre de chambres, et la reconnaissance de droits fondamentaux non prévus initialement. Comme nous l'avons déjà souligné, la question est plutôt celle de

¹²³ Dans le même sens, voir D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 371, pp. 473-474.

¹²⁴ L'alinéa 5 du Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne fait d'ailleurs référence à la jurisprudence de la CEDH.

¹²⁵ Article 220 du traité CE. Certes, il existe dorénavant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (TFPUE), mais son activité était trop récente au moment de nos investigations pour l'intégrer dans nos recherches.

¹²⁶ Sur ce point, voir par ex. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 371, p. 473.

¹²⁷ Pour des exemples récents, voir Claude BLUMANN et Louis DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.* ; ou encore J.-P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 2004, 759 p.

comprendre la manière dont le juge exerce sa fonction, notamment la manière dont il appréhende ses pouvoirs d'interprétation.

44. Tandis que les droits fondamentaux communautaires ont d'abord été le résultat d'une reconnaissance jurisprudentielle *via* le vecteur des PGDC, le pouvoir créateur de la Cour de justice s'est révélé. Du fait d'une méprise persistante de son contexte juridique qu'est la Communauté de droit, ce pouvoir n'a toutefois pas pu être correctement appréhendé. En effet, si les droits fondamentaux ne sont pas un caractère systématique de toute « structure de droit », et si notre analyse révèle que la Communauté de droit n'a pas pour caractères constitutifs les droits fondamentaux, se pose la question de la légitimité de la Cour de justice à transformer l'ordre juridique communautaire par la création de nouvelles obligations. Or, souhaitant cette reconnaissance par référence aux systèmes nationaux, la doctrine ne s'est pas penchée sur cette problématique. Il ne s'agit pas de nier l'enrichissement matériel de la construction communautaire par l'intégration de droits fondamentaux. Pourtant, comprendre pourquoi la Cour en a développé la garantie peut nous aider à comprendre ses positions actuelles souvent critiquées pour frilosité, comme à propos de l'homosexualité¹²⁸. Cette analyse n'est toutefois possible qu'une fois l'identification des caractères de la Communauté de droit, conditionnant les pouvoirs d'interprétation du juge, effectuée. L'ensemble de ces réflexions sera alors susceptible de nous conduire à apprécier la qualité de la protection des droits fondamentaux communautaires.

D. Une garantie efficiente

45. Étudier l'objet *garantie juridictionnelle* de l'élément particulier *droits fondamentaux communautaires*, produit de l'ordre juridique original de *l'Union et de la Communauté européennes de droit*, induit d'utiliser des outils novateurs ou, du moins, adaptés à la singularité de la situation. En tout cas, l'appréciation des résultats de l'observation ne peut se faire selon les mêmes critères que dans une autre situation plus ou moins déjà connue. L'appréhension du fait communautaire nécessitait donc une réflexion afin de déterminer les outils potentiellement utiles à la connaissance de cet objet, et la manière de les utiliser de façon à en éviter la méprise. En effet, selon la teneur de nos investigations, nous risquons d'obtenir des résultats variables, voire contradictoires. Dans une logique scientifique apolitique, nous devons en fait d'abord repérer en quantité notre objet (1). Notre souci théorique devait nous conduire ensuite à le vivre en qualité (2).

¹²⁸ CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant c/ South-West Trains Ltd*, aff. C-249/96, *Rec.* p. I-621. Pour une certaine critique du *judicial self restraint* opéré, voir F. ZAMPINI, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux "dans le cadre du droit communautaire" », *RTDE*, 1999, pp. 659-707, p. 663. Se référer également à G. COHEN-JONATHAN, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme » in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, 720 p., pp. 3-31, p. 12.

1. Le recours à l'outil statistique

46. La science ayant pour finalité de décrire l'objet d'étude, l'observation constitue, dans un premier temps, une phase d'approche nécessaire à l'appréhension du contentieux communautaire. Cette observation peut s'effectuer classiquement par la lecture des différentes prises de position du juge communautaire par rapport aux droits fondamentaux communautaires. Dans ce cas, une vérification est nécessaire pour s'assurer que tout document potentiel a été exploité. Une recherche globale s'accouple conséquemment à une analyse circonstanciée. Elle présente en outre l'avantage d'étudier un phénomène dans sa durée, ses évolutions et ses transformations, bref au plus près de sa réalité.

Avec les progrès de l'informatique et des techniques de communication, la recherche globale est grandement facilitée. Elle peut notamment prendre la forme de questionnements sur des bases de données informatisées, et donner ainsi naissance à une série de résultats. Leur agrégat est à même de révéler les prémices de statistiques¹²⁹, *a priori* outil mathématiquement objectif par excellence et capable de rendre compte à la fois du passé et du présent. Les services de la CJCE et du TPICE ont d'ailleurs compris l'utilité d'un tel outil puisque figurent, dans chaque *Rapport annuel* de la Cour de justice, des statistiques judiciaires. Chercher à élaborer des statistiques concernant le domaine des droits fondamentaux communautaires n'est donc pas contraire à l'état d'esprit des acteurs de l'Union et de la Communauté européennes de droit. En outre, une telle approche est d'autant plus intéressante que, comme nous l'avons déjà souligné, elle est rare et n'appréhende qu'insuffisamment les droits fondamentaux communautaires¹³⁰.

47. Il est vrai que les moteurs de recherches disponibles *via* Internet ne concernent que les documents officiels du contentieux communautaire (arrêts, ordonnances, conclusions) postérieurs au mois de mai 1997. Les données sont alors insuffisantes à l'appréhension d'un phénomène plus ancien, apparu au moins à partir de 1969¹³¹. Il existe toutefois une base de données intitulée *Minidoc* dont le moteur de recherche fonctionne pour tous les actes du contentieux depuis le début de l'activité de la CJCE. Vu l'importance des données¹³², cette base n'est pas disponible sur Internet mais seulement en Intranet. Avec l'aide de certains administrateurs du service *Recherche &*

¹²⁹ Nous soulignons que nous entendons ici le mot « statistiques » uniquement au pluriel, c'est-à-dire dans sa conception populaire. En effet, il ne s'agit pas de collecter un ensemble de données représentatives, puis d'en déduire des probabilités concernant un ensemble de données plus important, comme peuvent le faire les instituts de sondage. En revanche, il est question de rendre compte de la réalité observée, comme peut le faire l'INSEE en matière démographique.

¹³⁰ Voir *supra*, § 9. Seules quelques références doctrinales présentent des analyses chiffrées plus ou moins développées : voir not. L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, pp. 547-551.

¹³¹ Effectivement, l'expression « droits fondamentaux » apparaît dans le contentieux communautaire pour la première fois en 1969. Se référer à CJCE, 12 nov. 1969, *Erich Stauder c/ Ville d'Ulm – Sozialamt*, aff. 26/69, *Rec.* p. 419.

¹³² L'importance est ici tout aussi quantitative que qualitative. En effet, tous les documents communautaires, même non définitifs, sont disponibles sur Minidoc. Afin de préserver le secret indispensable notamment au bon déroulement des instances juridictionnelles, il est nécessaire de limiter l'accès à ces informations aux personnes ayant signé une clause de confidentialité.

Documentation de la Cour de justice, nous avons pu exploiter cette mine d'informations. Les résultats obtenus comportent des intérêts substantiels : nous pourrions constater que la Cour de justice s'est sérieusement saisie de la question des droits fondamentaux, en développant les droits de procédure et les droits économiques logiquement impliqués dans une construction d'abord à finalité économique, mais également en reconnaissant d'autres droits classiquement présentés comme relevant des droits civils et politiques. Toutefois, réduire notre champ de vision à une approche strictement mathématique présente une série d'inconvénients notables.

48. En premier lieu, les recherches *via* Minidoc se sont révélées n'être pas complètement fiables. En effet, ce moteur de recherches est particulièrement compliqué ou précis suivant les points de vue. Il nécessite une assimilation de critères ou mots-clés, appelés « codes » dont le nombre est aussi important que la réalité du contentieux communautaire est complexe : à chaque élément correspond un code spécifique. Un code est ainsi attribué à chaque voie de recours, chaque procédure spéciale, chaque résultat possible de la procédure, chaque requérant potentiel (chaque État membre, chaque institution), chaque matière concernée par le traité CECA, le traité CEEA, le traité CE, le traité UE ou d'autres documents comme le statut des fonctionnaires, et plus généralement chaque spécificité d'une affaire, classée dans des rubriques concernant de multiples domaines (dates de la demande, des conclusions ou encore de l'arrêt ou de l'ordonnance, langue de procédure, avocat général...).

Toutefois, l'assimilation de l'ensemble des ces codes ne constitue pas une complication insurmontable pour le juriste habitué à l'outil informatique et aux moteurs de recherche. En réalité, la difficulté de l'opération tient en la compréhension de la création d'un tel moteur de recherches : pouvoir chercher des références *via* des codes implique une opération humaine préalable de qualification, et d'attribution de codes à chaque affaire¹³³. Or, comme toute opération humaine, l'attribution de codes aux affaires du contentieux communautaire est susceptible de ne pas être absolument régulière. En effet, la qualification emporte une part d'interprétation, produit de la réflexion individuelle, d'autant plus difficile à cadrer que la tâche n'est plus confiée à un service unique depuis 1996¹³⁴. Ainsi avons-nous pu constater, pour avoir étudié dans un autre contexte l'inviolabilité du domicile¹³⁵, que les références trouvées à ce sujet comportaient des lacunes avec Minidoc, malgré différents types de questionnement. L'utilisation combinée des bases de données de Minidoc et de l'Internet est alors susceptible de fournir des résultats plus fiables. Toutefois, au regard du manque d'exactitude potentielle explicitée ci-dessus, nous n'aurons pas la prétention d'élaborer des statistiques en tant que

¹³³ P. PESCATORE, « L'influence de l'ordinateur sur le style des jugements » in *La sentenza in Europa – Metodo, tecnica e stile, Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà di Ferrara, 10-12 Ottobre 1985*, Milan, Padova, Cedam, 1988, 617 p., pp. 413-416, p. 414 : « De cette analyse sortent des mots-clés et des sommaires. [...] Cependant cette méthode comporte aussi un danger : c'est qu'il y a l'interposition de l'analyste entre la décision et la machine ».

¹³⁴ De 1974 à 1996, le traitement des affaires était réservé à un service, chargé du système *Celex*, comprenant environ 3 juristes, 3 documentalistes et 2 secrétaires. Depuis, cette fonction a été confiée à une série d'administrateurs.

¹³⁵ Qu'il nous soit permis de nous référer à notre recherche effectuée in « L'inviolabilité du domicile "privé" dans la décision n° 2004-492 DC du Conseil constitutionnel français : Mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la "théorie des sphères" », *CDE*, 2004, n° 1-2, pp. 157-195.

telles, c'est-à-dire décrivant une situation rigoureusement réelle. En revanche, la présentation de *tendances chiffrées* sera à même d'approfondir, ou tout au moins d'illustrer, la réflexion sur la place des droits fondamentaux communautaires dans le contentieux de la Cour de justice.

49. De toute façon, ces tendances chiffrées n'auront pas la vocation de dominer notre raisonnement, car l'analyse excessivement mathématique présente, en second lieu, un inconvénient qualitatif majeur. En eux-mêmes, les chiffres sont en effet incapables de transcrire ce que nos sens perçoivent. Ils ne peuvent alors pas expliquer mais simplement décrire¹³⁶. Or, notre projet est certes de décrire, de faire acte de science, mais également de comprendre la protection des droits fondamentaux communautaires notamment en action. Autrement dit, nous souhaitons articuler nos observations de manière à présenter une lecture du contentieux communautaire des droits fondamentaux de l'Union et de la Communauté européennes de droit. Il ne s'agit aucunement de faire du scientisme en présentant des tendances chiffrées dénuées d'interprétation ou d'expérience, surtout au regard de l'importance du juge – acteur humain par nature doué de sens et agissant en ce sens – dans le développement d'un tel contentieux.

Des tendances chiffrées, seules, ne peuvent donc pas être utiles à la compréhension d'un phénomène. En revanche, articulées, interprétées, présentées d'une certaine façon, elles constituent une porte ouverte à la subjectivité d'autant plus dangereuse qu'elles sont, par leur nature, crues comme objectives¹³⁷. Notre recherche de scientificité nous amènera alors à relativiser les résultats obtenus, en tout cas à les croiser avec notre expérience du fait communautaire, formatrice à la qualité du contentieux de l'Union et de la Communauté de droit.

2. L'utilité des stages

50. Manier science, théorie et politique juridique n'emporte pas en soi leur confusion. Au contraire, le fait de les considérer ouvertement permet de distinguer clairement les étapes cognitives afférentes à l'une ou à l'autre. La subjectivité de la dernière peut donc être encadrée à son strict domaine et ne pas vicier les autres. Ainsi, le fait d'opter pour une démarche positiviste n'empêche pas d'essayer de comprendre le droit dans la pratique, ne serait-ce que parce que le droit, même purifié, nécessite une considération pour la linguistique¹³⁸ dont l'objet, les mots et leurs relations, est

¹³⁶ À propos de la critique des mathématiques par des personnes non incapables d'en faire, voir F. von HAYEK, *Scientisme et sciences sociales*, Paris, Plon, Presses Pocket, n° 11, coll. Agora, 1953, réimprimé en 1991, 186 p., pp. 21-26.

¹³⁷ Pour une réflexion identique mais relative à l'utilisation des cartes géographiques, se référer à J.-C. VICTOR, V. RAISSON et F. TÉTART, *Le Dessous des Cartes – Atlas géopolitique*, Paris, éd. Tallandier/ARTE éd., 2005, 252 p., pp. 10-11.

¹³⁸ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, Traduit de l'anglais par B. LAROCHE, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1997, 518 p., p. 56 : « Toute tentative visant à définir un concept doit partir de l'usage courant du mot qui dénote ce concept ». Voir également O. PFERSMANN, « Normativité » in *Le Colloque de prospective*, organisé les 24, 25 et 26 septembre 2003 à Gif-sur-Yvette par le ministère de la Recherche et le département des sciences de l'Homme et de la Société du CNRS, 10 p., pp. 3 et 5. Cette

nécessairement subjectif ou social¹³⁹. En effet, pour être appliquée, la norme doit être lue et comprise ; elle est donc logiquement interprétée.

En outre, dans un système tel que qualifié de « dynamique » par le professeur Kelsen, l'autorité créatrice de norme dispose d'une large autonomie dans sa fonction. Il en résulte que si la « science du droit ne saisit la conduite humaine qu'en tant qu'elle est matière de normes juridiques »¹⁴⁰, la science du droit ne se désintéresse pas totalement de la conduite humaine. Théorie et pratique ne s'opposent donc pas systématiquement¹⁴¹.

51. Aussi, dans la mesure où la garantie des droits fondamentaux communautaires est premièrement apparue sous la plume des juges, autrement dit par une décision d'un ensemble d'individus, la compréhension de la manière de raisonner de ces juges, de leur appréhension de l'ordre juridique dont ils procèdent et qu'ils doivent promouvoir, est fondamentale.

Si certains peuvent critiquer l'immixtion de la sociologie juridique ou plutôt de l'anthropologie juridique¹⁴², il appert que l'étude du droit actuel dans une logique positiviste nécessite de mettre en parallèle les différentes possibilités juridiques qui s'offraient aux juges. L'appréciation de leur choix, notamment pour comprendre dans quelle mesure il est compatible avec la norme qu'ils devaient appliquer, engendre une introspection, certes juridique mais également d'ordre psychologique : l'interprète peut être compris seulement si ses manières de raisonner, de s'exprimer et de vouloir sont correctement appréhendées. Or, la meilleure façon de comprendre ces manières, en outre sans œillère ethnocentrique ou « statocentrées », reste avant tout de consulter celui qui les pratique.

52. Nous avons donc décidé d'aller à la rencontre des juges communautaires, préalablement identifiés comme tels. Des visites annuelles à la Cour de justice nous permirent de nous entretenir avec les différents acteurs du contentieux communautaire qu'ils soient manifestes (juges, avocats généraux et leurs référendaires) ou dans l'ombre (greffiers, traducteurs, membres des directions Bibliothèque, Recherche et Documentation, et Presse et Information)¹⁴³. En raison de l'inclusion de la CEDH dans notre définition du caractère juridictionnel de la protection des droits fondamentaux de

dernière « contribution s'inscrit dans la continuité des conclusions du rapport de la conjoncture [...] établi pour la section 36 du Comité national de la recherche scientifique, CNRS édition, 1997, pp. 543-552 ».

¹³⁹ Voir *supra*, §§ 28-31.

¹⁴⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 96.

¹⁴¹ Voir à ce sujet la critique de l'« attitude commune » des juristes à « opposer théorie et pratique », formulée par C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, *op. cit.*, pp. 157-158.

¹⁴² Pour la différence entre ces deux notions, voire J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2ème éd., 2004, 416 p., pp. 33-34, spéc. p. 34 : si la sociologie s'intéresse à « la société que les hommes constituent », l'anthropologie se concentre sur « l'homme en société ». « L'accent est mis sur l'homme ».

¹⁴³ Nous sommes reconnaissantes envers toutes les personnes, trop nombreuses pour être ici nommément citées, qui ont eu l'amabilité de nous consacrer du temps.

l'Union et de la Communauté européennes¹⁴⁴, nous nous sommes également rendue à Strasbourg pour discuter de la vision européenne de cette question communautaire¹⁴⁵.

Toutefois, une telle démarche, si bénéfique soit-elle, présente toujours un inconvénient irréductible. En effet, du fait de la subjectivité du vécu et du langage qui transpose ce vécu, une différence peut apparaître entre ce que disent les gens de leurs actions et ce que les actions sont vraiment. Une étude de ces témoignages ne devait alors pas occulter un principe essentiel tenant à l'impossibilité de l'analyse scientiste :

« Que divers objets aient la même signification pour diverses personnes ou que des personnes différentes veuillent dire la même chose par des actes différents, ce sont des faits importants qui demeurent, bien que la science physique puisse montrer que ces objets ou ces actes ne possèdent pas de propriétés communes »¹⁴⁶.

La subjectivité de la représentation mentale est en outre souvent négligée par le témoin lui-même¹⁴⁷. Des entretiens avec des acteurs du contentieux communautaire des droits fondamentaux, même multipliés, devaient donc être complétés par d'autres recherches : apprendre le contentieux communautaire des droits fondamentaux passaient par son expérience¹⁴⁸.

53. Dès lors, les stages auprès de cabinets de juges de la CJCE et du TPICE apparaissaient comme une démarche idoine à l'appréhension des réalités du contentieux des droits fondamentaux communautaires¹⁴⁹. L'idée était double : pour renouveler notre vision des droits fondamentaux de l'Union et de la Communauté européennes, il s'agissait à la fois de nous dépouiller de nos réflexes ethnocentriques ou « statocentrés », et de nous imbiber de l'esprit communautaire.

Les fruits d'un tel empirisme furent nombreux, certes parfois non juridiques en eux-mêmes, mais pourtant si essentiels à la compréhension du bon fonctionnement du rendu de la justice de l'Union et de la Communauté européennes. Notre présence durable sur le plateau du Kirchberg nous permit d'intégrer un monde particulier dont les portes s'ouvraient à mesure que le temps passait et que notre visage devenait familier. Notamment, nous eûmes l'insigne honneur de rencontrer des personnes aussi éminentes

¹⁴⁴ Voir *supra*, § 42.

¹⁴⁵ Nous remercions d'ailleurs vivement MM. les juges COSTA et GARLICKI, ainsi que l'ancien juge FISCHBACH que nous devons rencontrer ultérieurement au Luxembourg.

¹⁴⁶ F. von HAYEK, *Scientisme et sciences sociales*, *op. cit.*, p. 68.

¹⁴⁷ Ainsi René DESCARTES énonçait-il à propos de la religion : « que pour savoir quelles étaient véritablement leurs opinions, je devais plutôt prendre garde à ce qu'ils pratiquaient qu'à ce qu'ils disaient, non seulement à cause qu'en la corruption de nos mœurs il y a peu de gens qui veuillent dire tout ce qu'ils croient, mais aussi à cause que plusieurs l'ignorent eux-mêmes, car, l'action de la pensée par laquelle on croit étant différente de celle par laquelle on connaît qu'on la croit, elles sont souvent l'une sans l'autre ». R. DESCARTES, *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*, 1637, réédité chez Paris, Librio, 1999, 94 p., p. 34.

¹⁴⁸ Sur ce point, se référer à ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Garnier, Flammarion, 2004, 560 p., livre II, 1, n°1103a : « les choses qu'il faut avoir apprises pour les faire, c'est en les faisant que nous les apprenons ».

¹⁴⁹ Nous avons eu l'honneur d'effectuer successivement deux stages, de janvier à avril 2003, au TPICE auprès du cabinet du juge LEGAL, puis à la CJCE auprès du cabinet du juge PUISOCHET.

que l'ancien juge à la CJCE PESCATORE dont les propos bouleversèrent nos hypothèses¹⁵⁰.

La difficulté essentielle consista en fait en l'articulation de toute cette expérience déstabilisante et surtout de tous ces témoignages si souvent contradictoires. La phase d'assimilation fut laborieuse mais pourtant si fructueuse. En confrontant des opinions discordantes, l'esprit est en effet contraint de réfléchir en profondeur : notre séjour au Luxembourg devint une sorte de vecteur de raisonnement contre la révélation, à la manière des sophistes envers la philosophie¹⁵¹.

54. En particulier, nous devons réaliser que, malgré les doutes doctrinaux, les juges entretiennent un dialogue de plus en plus approfondi avec leurs homologues nationaux et européen. En tout cas, leur considération respective¹⁵² ne devait plus être minimisée comme nous étions d'abord tentée de le faire. Bref, nous nous trouvions devant des juges qui s'attachent à exercer leur mission le plus rigoureusement possible, en cohérence avec l'ordre juridique qu'ils ont pour fonction de défendre, donc avec considération pour les souverainetés nationales qui, combinées, constituent la « puissance constitutive » communautaire à laquelle les juges sont soumis. L'équilibre est subtil mais déterminant pour comprendre le comportement des juges de la Cour de justice : entre le nécessaire respect des souverainetés nationales, et la protection et la promotion du droit communautaire, les juges disposent d'une marge de manœuvre souvent beaucoup plus réduite que ne le laisse entendre la doctrine pour développer la protection des droits fondamentaux communautaires. En particulier, en l'absence de prise de position significative, et surtout juridiquement contraignante, de cette « puissance constitutive », les juges n'ont d'autre choix que de respecter les textes existants.

55. Notre appréhension du contentieux des droits fondamentaux communautaires sortit finalement grandie. De la lecture d'une documentation foisonnante au vécu d'une expérience enrichissante, nous avons appris à repérer en quantité et à interpréter en qualité ce contentieux. En apprécier l'efficacité requerrait une grille d'analyse modifiée, adaptée aux particularités du contexte. Il ne s'agissait plus de raisonner avec les critères étatiques ou internationaux, mais de dégager l'essence propre de la garantie des droits fondamentaux de l'Union et de la Communauté européennes.

¹⁵⁰ À ce sujet, voir R. DESCARTES, *Discours de la méthode* ..., *op. cit.*, p. 40 : « Et comme en abattant un vieux logis on en réserve ordinairement les démolitions, pour servir à en bâtir un nouveau, ainsi, en détruisant toutes celles de mes opinions que je jugeais être mal fondées, je faisais diverses observations et acquérais plusieurs expériences qui m'ont servi à en établir de plus certaines ».

¹⁵¹ À ce sujet, voir J. de ROMILLY, *Les Grands Sophistes dans l'Athènes de Périclès*, Paris, éd. De Fallois, 1988, 347 p., p. 333 : « À partir des sophistes, la philosophie ne révèle plus : elle est obligée de raisonner et de prouver ».

¹⁵² Pour un exemple explicite, se référer à J.-P. PUISOCHET et J.-P. COSTA, « Entretien croisé des juges français », *Pouvoirs*, 2001, n° 96, pp. 161-175.

IV. Orientation de la démarche

56. L'étude de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux de l'Union et de la Communauté européennes de droit nécessite en somme prudence et rigueur. Les réflexes juridiques doivent être remis en question, de manière à ce que son appréhension ne soit critiquée ni méthodologiquement, ni linguistiquement. La problématique est riche, et nous conduit sur le chemin de la transversalité. D'abord, en revenant sur la caractérisation des « structures de droits » pour identifier les éléments de la Communauté de droit, il ne s'agit pas seulement de réfléchir en droit communautaire, mais de réviser nos conceptions constitutionnelles. Ensuite, nous affranchissant du réflexe de la norme fondamentale en ce qu'elle invite à une hiérarchisation des ordres nationaux et communautaire, nous aborderons certains points de théorie du droit. Enfin, en envisageant les pouvoirs du juge, nous comprenons l'importance de la connaissance empirique de ce juge et ouvrons la porte à la sociologie juridique. Cette transversalité nécessitera alors de s'approprier des outils multiples : à la réflexion théorique se combineront notamment des démarches statistiques. Cette richesse nous apparaît impérative pour appréhender toutes les subtilités de notre problématique : évaluer la qualité de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires au regard des spécificités de la Communauté puis de l'Union de droit, cadre des pouvoirs de la Cour de justice. La diversité des thématiques recensées dans notre plan reflète cette transversalité.

57. Afin d'appréhender correctement l'« univers de référence » choisi (le contexte de l'Union et de la Communauté européennes de droit), chaque élément de cet univers et *a fortiori* l'univers lui-même ne seront pas considérés comme déjà connus du fait de nos expériences en droit national. Supposés originaux, ces éléments impliquent une considération particulière. En ce qu'ils constituent le cadre juridique auquel est soumis le juge, ils posent les conditions d'existence de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires. Du fait de l'ambiguïté qui s'attache aux concepts de Communauté de droit et d'Union de droit, le fondement de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires présente une équivoque. En effet, la qualification de Communauté de droit ne prescrit nullement la reconnaissance de droits fondamentaux ; tout dépend de la conception de la « structure de droit » adoptée.

En conséquence, le rôle de la Cour de justice ne doit pas être méconnu. Ce n'est pas parce que le juge refuse d'élargir les conditions de recevabilité des recours en annulation introduits par les particuliers, qu'il en est responsable. Le juge doit avant tout respecter la mission pour laquelle il a été institué : le respect du droit communautaire. Si, au départ, les droits fondamentaux n'en faisaient pas partie, le juge a tout de même reconnu, puis développé de tels droits. Il s'est donc révélé favorable aux droits fondamentaux communautaires. Le fait que les développements prétoriens de leur protection trouvent aujourd'hui leurs limites impose de se pencher sur la capacité du juge à exercer sa mission. Comme pour tout juge, sa légitimité n'est pas indéfinie. Pourtant la question est négligée. L'ambiguïté se diffuse alors au point de mettre en question la mission du juge. Les doutes concernant le fondement de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires nécessitent donc d'être dissipés.

58. En revanche, si le juge est tenu de respecter la lettre de l'ordre juridique dont il procède, la compréhension du contenu de cet ordre juridique ne suffit pas à l'entière appréhension de la protection des droits fondamentaux communautaires. En effet, en tant qu'interprète de la norme, le juge est à même d'intervenir pour promouvoir et améliorer la garantie des droits fondamentaux de l'Union et de la Communauté européennes de droit. Une approche multiple, à la fois chiffrée et pratique, révèle d'ailleurs que le juge communautaire est pleinement conscient de son rôle : il œuvre avec perspicacité pour développer une protection des droits fondamentaux particulièrement appropriée au contexte spécifique de l'Union et de la Communauté européennes de droit.

Puisque le juge ne peut pas s'affranchir des fondements de l'ordre juridique dont il procède, il ne peut que faire évoluer le système. Des révolutions sont toutefois nécessaires pour adapter les fondements de la construction communautaires aux exigences d'une amélioration de la protection des droits fondamentaux. Elles sont d'ailleurs prévues par le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Ce traité n'étant néanmoins pas (encore) en vigueur, le juge tend à poursuivre ses efforts.

59. Une appréhension dynamique du contentieux des droits fondamentaux communautaires révèle donc que si le fondement de leur protection juridictionnelle est équivoque (première partie), le juge ne démérite pas. Au contraire, il met en œuvre cette garantie de manière judicieuse et équilibrée (seconde partie).

Première partie

Le fondement équivoque de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires

60. La protection juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires découle de l'ordre juridique dont chaque pôle de la garantie – les droits fondamentaux et le juge – procède. Le contexte de l'Union et de la Communauté européennes de droit constitue donc la trame de lecture de cette garantie. À ce titre, il mérite une attention toute particulière, d'autant que cet ordre juridique revêt une appellation et par-là une signification controversées.

61. Alors que certains qualifient même l'Union européenne de véritable « État de droit »¹, la filiation entre *Communauté de droit* – *Union de droit* et *État de droit* devient prégnante. Pourtant, ce dernier concept étant polysémique², l'ambiguïté de ses attributs ressurgit nécessairement sur l'objet censé ainsi être clarifié. La question est d'autant plus essentielle que la place des droits fondamentaux dans un État de droit n'est pas univoque. La compréhension de la place des droits fondamentaux communautaires au sein de la Communauté de droit puis de l'Union de droit – ordres évolutifs et donc potentiellement différents³ – n'est par conséquent pas aussi simple.

62. La CJCE puis le TPICE, en tant qu'interprètes consacrés du droit communautaire⁴, ont alors pu concourir à identifier les caractères de l'Union et de la Communauté européennes de droit. Leur compréhension de l'ordre juridique dont ils émanent permet en outre de mieux cerner la singularité de leur légitimité, notamment dans la reconnaissance et l'application des droits fondamentaux communautaires.

63. La compréhension du fondement de la protection des droits fondamentaux de l'Union et de la Communauté européennes de droit constitue ainsi une étape préalable à l'appréciation de l'efficacité de la protection. Elle permet non seulement d'appréhender le cadre de cette garantie mais également de percevoir les particularités de la mission du juge communautaire. De la subtile identification des caractères de l'Union et de la Communauté de droit (titre premier) découle ainsi la détermination de la mission des juges communautaires (titre second).

¹ R. BADINTER, *Une Constitution européenne*, Paris, Fayard, 2002, 180 p., p. 41.

² O. JOUANJAN, « État de droit » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 1649 p., pp. 649-653.

³ Voir *supra*, § 26.

⁴ Article 220 alinéa 1^{er} du traité CE : « La Cour de justice et le Tribunal de première instance assurent, dans le cadre de leurs compétences respectives, le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité ».

Titre premier

La caractérisation de l'Union et de la Communauté de droit

64. En qualifiant la construction communautaire de *Communauté de droit*, l'ancien président de la Commission HALLSTEIN participait à la diffusion d'un concept qui devait par la suite avoir beaucoup de succès⁵. La multiplication de ses occurrences génère d'ailleurs un double phénomène : en devenant presque banal, le concept tend à relever intuitivement de l'évidence. Cette familiarisation porte alors en germe le danger de la crise de signification, à laquelle n'échappe d'ailleurs pas la notion d'*État de droit*⁶.

65. En effet, ce « concept juridiquement élastique », cette « notion "fourre-tout" »⁷, véhicule une double ambiguïté. D'une part, dans le contexte multilingue, se pose la question déjà évoquée⁸ de la traductibilité du contenant : si *État de droit* correspond habituellement à *Rechtsstaat* ou encore *Rule of Law*, il apparaît que le mot d'une langue véhicule certes un sens mais également des valeurs, des sentiments, parfois fruits d'un processus historique propre à un seul État⁹. Sachant que « le rapport entre mot et concept n'est pas toujours le même dans toutes les langues »¹⁰, il devient difficile de concevoir l'unité du concept récepteur qu'est la Communauté de droit. D'autre part, si « le mot [par exemple] anglais appelle le concept anglais »¹¹, il est à craindre que la multitude des contenants génère la multitude des contenus. Cet « effet de kaléidoscope »¹², tangible dans la thèse du professeur HEUSCHLING¹³, se vérifie d'ailleurs par la grande variabilité des éléments de l'État de droit, décourageant même le chercheur d'en élaborer « un tableau exhaustif et précis »¹⁴.

⁵ À propos de l'influence récente de ce concept, voir R. ARNOLD, « Le principe de l'État de droit dans les nouvelles Constitutions de l'Europe centrale et orientale » in *Protection des Droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Berlin, Bonn, Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 1587 p., pp. 65-78.

⁶ Voir à ce sujet F. DREYFUS, « Préface » in L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, 739 p.

⁷ Pour les deux citations, D. SIMON, « La Communauté de droit » in F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 531 p., pp. 85-123, p. 87.

⁸ Voir *supra*, § 10.

⁹ La notion française de « République » en constitue un vif témoignage. Voir notamment les propos de C. de GAULLE, « Discours prononcé place de la République, le 4 septembre 1958 » in D. MAUS, *Les grands textes de la pratique constitutionnelle de la V^e République*, Paris, La documentation française, 1998, 429 p., pp. 8-10, spéc. p. 8 : « la République [...] était la souveraineté du peuple, l'appel de la liberté, l'espérance de la justice », autant de notions qu'un étranger ne pourrait saisir du fait de la simple occurrence linguistique « République ».

¹⁰ R. SACCO, « Langue et droit – Italie » in E. JAYME (dir.), *Langue et droit, XV^e congrès international de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 373 p., pp. 223-260, p. 231.

¹¹ D. TALLON, « Le choix des mots au regard des contraintes de traduction. L'exemple des Principes européens du droit des contrats et des Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international » in N. MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Paris, Economica, n° 5, 1999, 110 p., pp. 31-36, p. 31.

¹² P. FERREIRA DA CUNHA, « Une approche linguistique à l'État de droit et aux droits fondamentaux » in P. ARSAC, J.-L. CHABOT et H. PALLARD (dir.), *État de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle*, Paris, L'Harmattan, 1999, 367 p., pp. 321-332, p. 327.

¹³ L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*, § 5, p. 5.

¹⁴ C. GREWE, « Réflexions comparatives sur l'État de droit » in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit – Continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, 515 p., pp. 11-22, p. 17.

66. Communément, l'État de droit est défini comme l'« État dans lequel les pouvoirs publics sont soumis de manière effective au respect de la légalité par voie de contrôle juridictionnel »¹⁵ ou encore comme la « situation d'une société soumise à une règle juridique qui exclut tout arbitraire »¹⁶. De la même manière et selon une approche spécifiquement juridique, l'État de droit désigne une « situation résultant, pour une société, de sa soumission à un ordre juridique excluant l'anarchie et la justice privée » et, dans un sens plus restreint, le « nom que mérite seul un ordre juridique dans lequel le respect du Droit est réellement garanti aux sujets de droit, notamment contre l'arbitraire »¹⁷.

67. Toutes ces définitions concordent sur une caractéristique de l'État de droit : la supériorité du droit sur l'État, autrement dit la « prééminence du droit »¹⁸. Par *droit* est ici visé un ordre juridique par nature organisé ou « structuré »¹⁹, c'est-à-dire hiérarchisé en fonction d'une norme suprême. En outre, cet ordre juridique, pour mériter le qualificatif d'État de droit doit être protégé contre l'arbitraire, susceptible de passer outre la règle juridique. En ce sens, le professeur CARRÉ DE MALBERG considère que l'*État de droit* « formule des prescriptions relatives à l'exercice de la puissance administrative », et « assure aux administrés comme sanction de ces règles un pouvoir juridique d'agir devant une autorité juridictionnelle »²⁰.

Dès lors, l'*État de droit* implique non seulement qu'une hiérarchie des normes existe, mais également qu'elle soit garantie, spécialement par un juge, pour la mise en œuvre de la responsabilité de « tout détenteur d'une parcelle de l'autorité publique » l'obligeant « à rendre compte de l'exercice qu'il en a fait »²¹. Le professeur SIMON parle ainsi de « droit au droit » et de « droit au juge »²².

68. Pour la doctrine juridique majoritaire, l'État de droit a toutefois évolué vers une acception nouvelle. À la conception formelle classique s'ajoute une conception matérielle : « l'État de droit va désormais être entendu comme impliquant l'adhésion à un ensemble de *principes* et de *valeurs* »²³ dont les droits fondamentaux constituent un

¹⁵ *Le Petit Larousse illustré*, Paris, 2006.

¹⁶ « État » in *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., disponible sur Internet : <<http://www.academie-francaise.fr/dictionnaire/index.html>>.

¹⁷ « État – sens IV » in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 2004, 968 p., p. 368.

¹⁸ D. SIMON, « La Communauté de droit » in F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., pp. 97 et s.

¹⁹ C. LEBEN, « Ordre juridique » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, pp. 1113-1119, spéc. p. 1113.

²⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, 2004, 1525 p., tome I, 837 p., p. 489.

²¹ M. de VILLIERS (dir.), *Droit public général*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 2003, 1437 p., § 354.

²² D. SIMON, « La Communauté de droit », in F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 116 et p. 119.

²³ Voir, notamment, P. AVRIL et J. GICQUEL, *Lexique Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1986, 133 p., p. 49 ; M. de VILLIERS, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2005, 281 p., pp. 108-109, spéc. § 4, p. 109 ; O. DUHAMEL et Y. MÉNY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF,

élément substantiel. En effet, au côté des caractères formels que sont la suprématie du droit et l'existence d'une hiérarchie des normes, figurent d'autres éléments comme la séparation des pouvoirs, la démocratie ou les droits fondamentaux²⁴. Sans rentrer dans l'analyse de tous ces éléments, dont l'« amplitude entraînerait si loin que les traits spécifiques du modèle de référence finiraient par s'estomper jusqu'à n'être plus perceptibles »²⁵, une présentation synthétique place les droits fondamentaux au rang de caractère supplémentaire essentiel à l'État de droit nouvellement considéré²⁶.

69. Certains auteurs critiquent toutefois la fonction ainsi conférée aux droits fondamentaux : si leur importance au niveau du politique n'est pas négligée, leur propension à définir juridiquement l'État de droit est contestée. Ainsi le professeur PFERSMANN considère-t-il que :

« L'État de droit n'implique en soi nullement l'existence de droits fondamentaux, mais s'il existe des droits fondamentaux, ils constituent par définition, en dehors de leur contenu spécifique, un enrichissement de l'État de droit puisqu'ils font partie des normes supérieures et que celles-ci doivent prévaloir sur les normes inférieures »²⁷.

Cette approche positiviste renouvelle donc le débat sur le rapport entre les droits fondamentaux et l'État de droit.

70. Cette controverse doctrinale rejaillit en outre sur la conception de la Communauté de droit et de l'Union de droit. En tant que projections de l'État de droit dans le domaine communautaire, ces deux concepts sont susceptibles de relever de l'une ou l'autre des définitions de l'État de droit. Or, dans le contexte d'une recherche tendant à évaluer l'efficacité de la protection des droits fondamentaux communautaires, il devient primordial d'identifier le fondement juridique de leur existence. En effet, le fait que les droits fondamentaux *peuvent* ou *doivent* découler de l'État de droit et, par projection, de la Communauté de droit et de l'Union de droit, conditionne l'appréciation de la réalité

1992, 1112 p., pp. 415-418, spéc. p. 418 ; L. HAMON, « L'État de droit et son essence », *RFDC*, 1990, pp. 699-712 ; F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 29^{ème} éd., 2005, 896 p., pp. 278-280 et p. 238. Pour une synthèse de cette opinion majoritaire, voir J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1999, 160 p., p. 104, et *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 2004, 226 p., pp. 149-153.

²⁴ Voir C. GREWE, « Réflexions comparatives sur l'État de droit » in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit – Continuités et avatars européens* op. cit., pp. 18-19 ; R. ARNOLD, « Le principe de l'État de droit dans les nouvelles Constitutions de l'Europe centrale et orientale », op. cit., not. p. 65 ; ou encore H. SCHMITT von SYDOW, « Liberté, démocratie, droits fondamentaux et État de droit : analyse de l'article 7 du traité UE », *RDUE*, 2001, pp. 285-320, spéc. pp. 292-293.

²⁵ J. BOULOUIS, « La France et la Cour de justice des Communautés européennes » in *Droit communautaire et droit français – Recueil d'études*, France, éd. La Mémoire du Droit, 1999, 380 p., pp. 145-151, p. 146.

²⁶ Voir en ce sens J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit., pp. 105-116.

²⁷ O. PFERSMANN, « Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective » in « L'accès des personnes à la justice constitutionnelle : Droit, pratique, politique », études réunies et présentées par O. PFERSMANN, CCC, 2001, n° 10, pp. 65-71, p. 67. Pour une autre contestation de la présence des droits fondamentaux dans l'État de droit : K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, Tübingen, Mohr, 1997, 569 p., p. 523.

des droits fondamentaux communautaires, d'autant que nous avons supposé que la Communauté de droit et l'Union de droit étaient potentiellement différentes²⁸.

Il est vrai toutefois que l'Union européenne est souvent conçue comme la fusion des Communautés européennes préexistantes²⁹. Il ne s'agit cependant que d'une fusion des institutions et non des ordres juridiques, puisque les normes applicables diffèrent selon le traité en cause, comme l'a fait remarquer le TPICE à propos des normes du traité CECA encore en vigueur en 1997³⁰.

Ainsi, en ce qui concerne la Communauté de droit et l'Union de droit, l'une et/ou l'autre serait susceptible de relever tout aussi bien de la définition classique, que de la définition moderne de l'État de droit.

71. Certes, on pourrait considérer que le dilemme est tranché depuis la proclamation officielle de l'article 6§2 TUE codifiant la jurisprudence et garantissant que « L'Union respecte les droits fondamentaux... »

Toutefois, vu les ambiguïtés précédemment soulignées, la question mérite d'être posée. Notamment, suivant la détermination de l'« univers de référence », le lecteur pourrait interpréter différemment les propos de la CJCE, lorsque celle-ci tend à définir la notion de Communauté de droit :

« la Communauté européenne est une communauté de droit dans laquelle ses institutions sont soumises au contrôle de la conformité de leurs actes avec le traité et les principes généraux du droit dont font partie les droits fondamentaux »³¹.

En effet, dire que les droits fondamentaux sont des PGDC n'emporte pas en soi leur élévation au rang de caractère de la Communauté de droit. Ils peuvent au contraire tout à fait correspondre à l'idée d'enrichissement de l'État de droit avancé par le professeur PFERSMANN comme énoncé précédemment. Le doute persiste donc, et les récents *Mélanges en l'honneur de Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, pourtant intitulés *Une communauté de droit*, entretiennent la confusion³².

²⁸ Voir *supra*, § 26.

²⁹ Voir en ce sens A. Von BOGDANDY, « La fusion des Communautés dans l'Union européenne. Un modèle juridique de pluralisme institutionnel dans un cadre institutionnel unique », *RDUE*, 2001, pp. 617-654.

³⁰ TPICE, 24 octobre 1997, *EISA c/ Commission*, aff. T-239/94, *Rec.* p. II-1839, pt 64 : « Il s'ensuit que, dans la mesure où, à la différence du traité CE, le traité CECA n'attribue à la Commission ou au Conseil aucun pouvoir spécifique en vue d'autoriser les aides d'État, la Commission est habilitée, en vertu de l'article 95, premier et deuxième alinéas, à prendre toutes les mesures nécessaires pour atteindre les objectifs du traité et, partant, à autoriser, suivant la procédure qu'il instaure, les aides qui lui paraissent nécessaires pour atteindre ces objectifs ». Nous soulignons.

³¹ CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pt 38.

³² N. COLNERIC, D. EDWARD, J.-P. PUISOCHET, D. RUIZ-JARABO COLOMER (dir.), *Une communauté de droit – Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BMW, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, 648 p.

En fait, aucune contribution ne s'intéresse à définir l'objet de ces Mélanges. Seule S. DAY O'CONNOR s'y consacre indirectement au travers d'une comparaison entre les jurisprudences de la CJCE et de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique in « *Toward a Common Rule of Law : A Legacy of Integration* », pp. 17-20 : elle semble considérer que la *Rule of Law* communautaire est constituée de l'effet direct et de la suprématie du droit communautaire (p. 18). Cependant, elle n'aborde nullement la question des droits

72. En conséquence, définir la Communauté de droit et l'Union de droit permettra d'identifier le contexte des droits fondamentaux communautaires. Si la doctrine considère que l'État de droit se caractérise particulièrement par deux éléments (d'une part, l'existence d'une hiérarchie des normes et d'autre part, la sanction de cette hiérarchie), la Communauté de droit est de la même manière généralement envisagée sous deux angles : si « l'action des institutions s'exerce dans le respect de la hiérarchie des normes instituées par les traités », celle-là ne peut échapper au contrôle de conformité par rapport à celles-ci³³. En raison du consensus doctrinal tenant à la caractérisation du concept référent, ces deux caractères pourraient être qualifiés de manifestes, au contraire du caractère relatif aux droits fondamentaux.

Pour autant, la même recherche de scientificité conduit à nous interroger sur la pertinence d'une assimilation rapide des attributs de la Communauté de droit et de l'Union de droit aux caractères, même patents, de l'État de droit. Une analyse débarrassée des réflexes ethnocentriques, ou plus exactement « statocentrés », dévoile au contraire les ambiguïtés et incertitudes d'une hiérarchie des normes d'un non-État différente de celle déjà connue des États. La garantie de la hiérarchie des normes ne pourra donc être critiquée qu'en considération des spécificités de son objet. Enfin, en tant qu'élément discuté, l'existence des droits fondamentaux mérite d'être étudiée.

73. La compréhension de la Communauté de droit et de l'Union de droit ne peut donc être écartée par une analyse binaire incapable de rendre compte de sa profondeur. Aussi décidons-nous de nous affranchir ici de l'obligation du bipartisme, de toute façon non absolue³⁴, pour aborder successivement les trois éléments impliqués dans l'appréhension d'une « structure de droit » : la hiérarchie des normes communautaires mérite une présentation renouvelée (chapitre premier), qui permet alors d'apprécier la garantie des normes communautaires à sa juste valeur (chapitre deuxième). Enfin, la question de la place des droits fondamentaux au sein de l'Union et de la Communauté de droit ne trouve une réponse que dans le contexte plus général de la controverse tenant à ce caractère (chapitre troisième).

fondamentaux, semblant exclure ce caractère de la *Rule of Law* communautaire, au contraire du plan thématique adopté dans ces Mélanges. En effet, la deuxième partie des contributions est consacrée en partie à l'étude des droits fondamentaux, induisant leur lien avec la Communauté de droit. Si la contradiction ne peut être déduite *per se*, il est tout de même difficile de déceler une conception univoque de la Communauté de droit.

³³ Voir notamment D. SIMON, « La Communauté de droit » in F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., pp. 97-98 ; ou encore C. CHARRIER, « La Communauté de droit, une étape sous-estimée de la construction européenne », *RMCUE*, 1996, pp. 521-533, p. 527.

³⁴ Le bipartisme correspond surtout à une logique française, en outre seulement à partir des années 1950. Le plan en deux parties constitue en effet une invention du professeur H. MAZEAUD, notamment dans son ouvrage *Nouveau guide des exercices pratiques pour la licence en droit*, Paris, Montchrestien, 1954, 248 p. Voir les commentaires de M. BOULOT-RICOEUR, « Regards sur la doctrine en droit privé », Intervention orale lors de la Table ronde *Quels renouvellements pour la recherche en droit ? Les apports de la théorie du droit à la doctrine*, organisée par le Laboratoire de théorie du droit, le 7 avril 2005, à Aix-en-Provence ; ou encore les propos de C. JAMIN et P. JESTAZ, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, 314 p., p. 164. À propos de la critique du bipartisme, se référer à G. VEDEL, « Préface » in F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Aix-en-Provence, Economice, PUAM, coll. Droit public positif, 1997, 397 p., pp. 5-6, p. 5.

CHAPITRE PREMIER

LA HIÉRARCHIE DES NORMES COMMUNAUTAIRES : UN CARACTÈRE MÉCONNU

74. En distinguant science, théorie et politique juridique³⁵, nous avons voulu préserver au mieux notre raisonnement scientifique de tout élément extra-juridique. Cette démarche nous conduit ainsi naturellement vers une analyse du droit communautaire dénuée de considérations morales. Nous nous tournons de ce fait vers le positivisme juridique³⁶.

75. Selon cette doctrine, tout ordre juridique est organisé de manière à ce qu'il soit possible d'en identifier chaque élément. Si cette organisation peut varier d'un ordre à l'autre, « tout système est nécessairement hiérarchisé. Sans hiérarchie, il ne serait pas possible de distinguer les normes valides dans le système de celles auxquelles cette qualité fait défaut »³⁷. Chaque norme trouve alors « le fondement de sa validité dans une norme supérieure »³⁸ jusqu'à ce que le professeur KELSEN a appelé la « norme fondamentale ». Celle-ci, parce que sa « validité ne peut être déduite d'une norme supérieure », lie les normes entre elles³⁹. Elle constitue alors le fondement de l'ordre juridique en supposant la validité de ce dernier.

La difficulté réside néanmoins dans le fait que chacun peut supposer la norme fondamentale qu'il souhaite pour autant qu'elle serve à sa démonstration. Or, nous voulons dépasser la dichotomie constitutionnalistes/communautaristes⁴⁰ pour comprendre l'ordre juridique communautaire lui-même. Nous ne nous intéresserons alors pas à la question d'une construction moniste aboutissant classiquement à la hiérarchisation des ordres juridiques nationaux et communautaire. Nous ne supposerons donc aucune norme fondamentale en tant qu'elle participe à la réflexion sur la hiérarchie des ordres juridiques nationaux et communautaire. Nous supposerons simplement l'existence de l'ordre juridique communautaire. Cela revient certes à supposer une norme fondamentale, sauf que nous avons conscience que cette supposition ne vaut que comme hypothèse de départ et ne fonde aucune hiérarchie entre les ordres juridiques nationaux et

³⁵ Voir *supra*, § 16.

³⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction française de la 2^{ème} édition de la *Reine Rechtslehre* par C. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, 496 p., p. 1 ou encore p. 34.

³⁷ O. PFERSMANN, « La notion moderne de constitution » in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 9^{ème} éd., 2006, 968 p., §§ 65-126, pp. 51-92.

³⁸ M. TROPER, « Réplique à Denys de Béchillon », « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation », *RRJ*, 1994, n° 1, pp. 267-274, p. 269.

³⁹ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Traduit respectivement de l'anglais par B. LAROCHE et de l'allemand par V. FAURE, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1997, 518 p., p. 165.

⁴⁰ Voir *supra*, § 8.

communautaire. Pour éviter toute confusion, nous n'utiliserons donc pas le concept de « norme fondamentale » de la *Théorie pure du droit*, mais préférerons nous intéresser à la norme « première » de l'ordre juridique considéré. Tout ordre juridique est ainsi articulé à partir de sa norme « première », soubassement de son organisation plus ou moins hiérarchisée.

76. Reconnaître l'existence de l'ordre juridique communautaire emporte ainsi d'admettre la réalité de sa norme « première » initiant une hiérarchie. D'ailleurs, si la CJCE a, dans un premier temps, pu considérer que « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international »⁴¹, elle a par la suite précisé que les traités communautaires ont « institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres »⁴².

En qualifiant le droit communautaire d'ordre juridique *propre*, la CJCE a signifié l'autonomie de ce qu'elle appellera plus tard « la charte constitutionnelle de base »⁴³, autrement dit la norme « première » du droit communautaire. En outre, en précisant que l'ordre juridique communautaire est *intégré* au droit des États membres, elle a caractérisé l'originalité de la hiérarchie des normes communautaires dont certaines sont de source nationale. En effet, la mise en œuvre du droit communautaire, parce que susceptible de relever de la compétence nationale, dépend de normes de valeur équivalente mais d'ordres juridiques différents. La concrétisation d'une norme communautaire s'effectue donc par autant de normes que la construction communautaire compte d'États membres.

77. Ainsi l'ordre juridique communautaire présente un certain paradoxe : si la norme « première » communautaire est nécessairement unique, elle engendre toutefois un lien de subordination normative particulièrement singulier. Or, de cette singularité découle une multiplicité des normes de concrétisation potentiellement attentatoire à l'unité de la norme « première » communautaire qui, pourtant, ne peut exister que dans l'unité. La hiérarchie des normes communautaires se caractérise donc par un mouvement en trois temps : l'unité nécessaire de la norme « première » communautaire (première section), la singularité consécutive du lien de subordination normative (deuxième section), enfin la multiplicité délicate des normes de concrétisation nationale (troisième section).

⁴¹ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos c/ Administratie der Belastingen*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3.

⁴² CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141.

⁴³ CJCE, arrêts du 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement*, aff. 294/83, *Rec.* p. 1339, pt 23 ; du 22 octobre 1987, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85, *Rec.* p. 4199, pt 16 ; et du 10 juillet 2003, *Commission c/ BEI*, aff. C-15/00, *Rec.*, p. I-7281, pt 75 ; et du 23 mars 1993, *Weber c/ Parlement*, aff. C-314/91, *Rec.* p. I-1093, pt 8 ; ordonnance, 13 juillet 1990, *J. J. Zwartveld et autres*, aff. C-2/88, *Rec.* p. I-3365, pt 16 ; avis 1/91 du 14 décembre 1991, *Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen*, *Rec.* p. I-6079, pt 21.

Voir également TPICE, arrêts du 2 octobre 2001, *Jean-Claude Martinez, Charles de Gaulle, Front national et Emma Bonino et autres c/ Parlement*, aff. jointes T-222/99, T-327/99 et T-329/99, *Rec.*, p. II-2823, pt 48 et ordonnances du 2 mai 2000, *Rothley et autres c/ Parlement*, aff. T-17/00_1, *Rec.*, p. II-2085, pt 54 et du 17 janvier 2002, *Stauner et autres c/ Parlement et Commission*, aff. T-236/00_3, *Rec.*, p. II-135, pt 50.

Première section. L'unité nécessaire de la norme « première » communautaire

78. L'unité de la norme « première » est une condition existentielle de l'ordre juridique communautaire. En effet, celui-ci ne peut être valide que si une norme préalable le prévoit. Pour autant, la question de l'origine de cette norme « première » n'est pas close. D'une part, il est clair que « le droit communautaire n'est pas un ordre juridique premier »⁴⁴, puisqu'il est né de la conjonction des pouvoirs constitutionnels nationaux. Or, ces derniers ont tendance à privilégier la norme constitutionnelle sur toute autre norme, y compris conventionnelle, et de toute façon proposent des solutions variables voire incohérentes entre elles⁴⁵. D'autre part, du fait du contenu de l'engagement, la construction communautaire n'est « pas un simple forum de discussion et de négociation entre États »⁴⁶. La conjonction de six, puis aujourd'hui vingt-cinq volontés a en effet généré un phénomène nouveau. Il ne s'agit plus d'une simple adjonction de volontés étatiques, mais d'une fusion de ces volontés dans un esprit commun. Ce « passage du pluriel au singulier »⁴⁷ témoigne alors de la rupture opérée entre les sources de la norme « première » et son expression.

79. Reconnaître la norme « première » du droit communautaire n'est donc pas incompatible avec l'examen de son origine multinationale. Cette dualité de propositions conditionne la compréhension de la norme « première » communautaire. En créant une communauté, les États membres ont voulu élaborer quelque chose à plusieurs pour plusieurs. Ces buts communs ont façonné la construction communautaire. Le noyau dur de l'engagement juridique reflète d'ailleurs ce projet d'ensemble (§1) même si, du point de vue politique, la conscience de la profondeur de cet engagement reste ambivalent (§2).

§1. La substance juridique de l'engagement communautaire

80. À partir du moment où les États membres ont exprimé leur volonté de créer une communauté européenne, ils ont engendré un nouvel ordre juridique particulier. En effet, en ratifiant les différents traités en cause, ils ont souhaité que ces traités acquièrent une force juridique contraignante. Ainsi concoururent-ils à la formation d'une norme « première » communautaire qui leur est d'autant plus opposable (A) qu'elle apparaît irréversible, au moins du point de vue d'un seul État (B).

⁴⁴ V. CONSTANTINESCO, « Des racines et des ailes - Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel » in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 309-323, p. 310.

⁴⁵ Voir à ce sujet A. BERRAMDANE, *La hiérarchie des droits – Droit internes et droits européen et international*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2002, 272 p., résumé.

⁴⁶ J.-V. LOUIS, *L'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, éd. de la Commission des CE, coll. « perspectives européenne », 6^{ème} éd., 1993, 241 p., résumé.

⁴⁷ C. CHARRIER, « La Communauté de droit, une étape sous-estimée de la construction européenne », *op. cit.*, p. 522.

A. La formation d'une norme « première » communautaire opposable

81. En vérité, la norme « première » du droit communautaire n'exprime rien d'autre que la conjonction des volontés étatiques : « le droit communautaire est valide » ou, plus précisément, « le traité CECA ou CEE puis CE ou UE est valide ». De ce fait, les normes des traités sont valides, ainsi que les normes qui en découlent, si elles respectent les règles de production élaborées par ces traités. Les prescriptions de ces normes s'imposent alors aux signataires des traités. Or, différents articles, notamment du traité CEE devenu CE, comportent des éléments notables, dont l'articulation produit un phénomène profond tant au niveau normatif qu'au niveau institutionnel.

82. Tout d'abord, plusieurs normes obligent les États membres au respect du droit communautaire et, par là, posent l'effet direct et la primauté de celui-ci. En effet, « les obligations contractées dans le traité instituant la Communauté ne seraient pas inconditionnelles mais seulement éventuelles, si elles pouvaient être mises en cause par les actes législatifs futurs des signataires »⁴⁸.

En premier lieu, l'article 5 du traité CEE, devenu l'article 10 TCE, impose aux États d'agir non seulement positivement pour « assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté » (alinéa 1^{er}) mais aussi négativement en s'abstenant « de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts » du traité (alinéa 2nd). Les États membres sont ainsi tenus au respect du principe de coopération loyale⁴⁹.

En second lieu, une série de dispositions, rappelées par la CJCE dans son arrêt *Costa c/ ENEL*⁵⁰, induit la prééminence du droit communautaire sur les droits nationaux. Notamment, les États ne disposent d'un droit d'agir unilatéralement qu'en présence « d'une clause spéciale précise »⁵¹. En outre, ils ne peuvent bénéficier de dérogations qu'après le respect d'une procédure d'autorisation « qui seraient sans objet s'ils avaient la possibilité de se soustraire à leurs obligations au moyen d'une simple loi »⁵². Enfin, l'article 189 du traité CEE devenu l'article 249 TCE prévoit, sans aucune réserve, que le règlement communautaire est « obligatoire » et « directement applicable dans tout État membre ».

En somme, plusieurs normes valides obligent les États membres à respecter le droit communautaire en son entier.

83. Par ailleurs, les traités communautaires ont élaboré des institutions capables d'agir à un double niveau : elles peuvent aussi bien « créer de nouvelles règles

⁴⁸ CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141.

⁴⁹ Voir notamment CJCE, ordonnance, 13 juillet 1990, *J. J. Zwartveld et autres*, aff. C-2/88, *Rec.*, p. I-3365, pts 17 et 18.

⁵⁰ CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141.

⁵¹ La CJCE vise notamment les articles 15, 93-3, 223 à 225 du traité CEE devenus les articles 88-2 et 296 à 298 TCE (l'article 15 ayant été abrogé).

⁵² La CJCE se réfère par exemple aux articles 8-4, 17-4, 25, 26, 73, 93-2, 3^e alinéa, et 226 du traité CEE qui, à l'exception de l'article 93-2, 3^e al., devenu l'article 88-2, 3^e al., du TCE, ont tous été abrogés depuis.

juridiques » que garantir l'application du droit communautaire⁵³. Ainsi les institutions disposent-elles de la capacité de définir l'ordre juridique communautaire. Or, parce qu'elles sont conçues pour la réalisation d'objectifs communs, elles vont entreprendre la construction communautaire pour la construction communautaire. Autrement dit, elles vont interpréter le droit communautaire, définir l'ordre juridique communautaire « selon la logique propre du mécanisme institutionnel »⁵⁴. L'ancien juge à la CJCE PESCATORE en déduit d'ailleurs que « les États membres ne se sont pas liés sur des contenus très précis »⁵⁵. Les États membres perdent ainsi la maîtrise directe des obligations qu'ils sont censés respecter, d'autant que ces obligations se révèlent être irréversibles.

B. La formation d'une norme « première » communautaire irréversible

84. Dès lors, une norme nationale contraire aux traités communautaires encourt la sanction de l'inapplicabilité pour non-conformité. En effet, quand bien même cette norme nationale serait postérieure aux traités, les deux hypothèses envisageables en la matière aboutissent à un rejet de la norme nationale « écran » au droit communautaire.

1. L'inopposabilité de la réforme nationale partielle

85. Si la norme nationale ne concernait qu'un point particulier d'un traité communautaire – par exemple la réglementation de la pêche –, elle ne serait susceptible de modifier la norme plus générale de ratification du traité que pour ce qui concerne le point particulier en cause. Ainsi, ni les compétences des institutions communautaires, ni les autres normes prescrivant ou induisant l'effet direct et la primauté du droit communautaire ne seraient atteintes. La norme nationale, certes valide dans son ordre juridique, ne serait alors pas opposable au droit communautaire.

86. Les juges britanniques ont d'ailleurs été confrontés à cette situation ambivalente. Notamment, dans l'affaire *Factortame*⁵⁶, la Chambre des Lords adressa à la CJCE une question préjudicielle qui, au-delà de la question purement technique du droit communautaire de la pêche, tendait à résoudre le paradoxe dans lequel elle se trouvait.

Les juges, soumis à la souveraineté parlementaire, sont en effet enjoins à appliquer les lois, sans jamais pouvoir les remettre en cause⁵⁷. Or, en l'espèce, deux lois

⁵³ P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes – Étude des sources du droit communautaire*, Liège, Presses Universitaires de Liège, 3ème éd., 1975, 316 p., p. 19.

⁵⁴ P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, *ibid.*, p. 59.

⁵⁵ P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 58. Voir *infra*, § 367.

⁵⁶ CJCE, 19 juin 1990, *The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame Ltd et autres*, aff. C-213/89, *Rec.*, p. I-2433.

⁵⁷ H. BARNETT, *Constitutional & Administrative Law*, Londres, Cavendish Publishing Limited, 2ème éd., 1998, 1101 p., chap. 7 « Parliamentary sovereignty », pp. 207-256.

Certes, le *Human Rights Act (HRA)* du 9 novembre 1998 tend à conférer des pouvoirs supplémentaires aux juges britanniques. Il ne s'agit cependant en aucun cas de la possibilité d'écarter une loi nationale contraire ici aux droits de la CESDH : les juges ne peuvent que déclarer l'incompatibilité et ils doivent tout de même

toujours valides étaient contradictoires : d'une part, une loi de ratification du traité CEE de 1973⁵⁸, d'autre part, une loi sur la navigation marchande de 1988⁵⁹. La seconde étant limitée dans son objet ne pouvait modifier la première qu'en ce qui concerne la question de la navigation marchande ; la Chambre des Lords était donc toujours soumise à l'article 177 du traité CEE, devenu 234 TCE. Le législateur lui commandant deux comportements au fond contradictoires, le juge britannique choisit de faire appel à la CJCE. Cette solution n'avait en outre pas pour effet de porter atteinte à la souveraineté du Parlement, puisque les prescriptions de la loi de 1973 tendant à conférer compétence aux institutions communautaires n'étaient nullement contredites.

87. La loi postérieure contraire à certaines dispositions des traités communautaires se révèle donc *per se* inefficace, puisque les autorités chargées d'appliquer le droit communautaire se trouvent toujours soumises au jeu de la norme « première » communautaire, induisant une obligation générale de respecter les normes et les institutions communautaires.

2. L'inopposabilité de la réforme nationale globale et isolée

88. La seule manière de faire primer la norme nationale consisterait en la dénonciation de l'ensemble des règles communautaires créant les institutions et induisant l'effet direct et la primauté du droit communautaire. Une telle norme aurait pour effet de toucher à l'essence même du droit communautaire et reviendrait en fait à contester la norme « première » du droit communautaire, sa « substance » ou son « contenu essentiel »⁶⁰.

Or, si la norme « première » est le résultat de la conjonction des diverses volontés nationales, une seule volonté ne peut inverser à elle seule le processus. En effet, de la même manière que les membres des assemblées législatives pris séparément sont soumis à la loi⁶¹, la somme des volontés ne peut avoir la même nature que l'individualité de chaque volonté. Leur agrégat génère d'ailleurs un système d'autant plus autonome que l'acte constitutif est « bivalent » ou « mixte » : le traité fondateur d'une organisation internationale ne constitue effectivement pas seulement une convention internationale ordinaire par la conjonction des volontés étatiques, mais « organise [...] la pérennité de la coopération » par la constitution de l'organisation, objet du traité⁶². L'accord de

appliquer la loi incompatible. Voir l'article 4 du HRA et les explications de J. WADHAM et H. MOUNTFIELD, *Blackstone's Guide to Human Rights Act 1998*, Londres, Blackstone Press Limited, 1999, 294 p. L'ouvrage reproduit d'ailleurs le texte du HRA en annexe, pp. 146-172.

⁵⁸ *European Communities Act*, partiellement reproduit in Pierre PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes – Étude des sources du droit communautaire*, op. cit., p. 286.

⁵⁹ *Merchant Shipping Act*, cité par la CJCE dans l'affaire *Factortame*, op. cit., not. pt 4.

⁶⁰ Parallèle avec les expressions utilisées pour théoriser les limites aux limites des droits fondamentaux en droit comparé. Voir par ex. L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., § 203, p. 164.

⁶¹ Voir à ce sujet J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement. Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, J.-F. SPITZ éd., Paris, PUF, 1994, 302 p., p. 105, § 143.

⁶² P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2004, 811 p., § 139, p. 150.

volontés des États engendre donc des obligations supplémentaires⁶³ dont l'originalité conditionne la spécificité de l'engagement. En tout cas, en vertu du principe communément admis du parallélisme des procédures, seul l'ensemble des souverainetés nationales peut défaire ce que celles-ci ont préalablement fait ensemble.

89. En ce sens, le droit international public ne prévoit, par principe, aucun droit de retrait unilatéral non-explicite. En effet, aux termes de l'article 54 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 :

« L'extinction d'un traité ou le retrait d'une partie peuvent avoir lieu :

- a) conformément aux dispositions du traité ; ou,
- b) à tout moment, par consentement de toutes les parties, après consultation des autres États contractants »⁶⁴.

Aussi, en l'absence de dispositions du traité prévoyant le retrait, seul le consentement mutuel des États parties à la convention peut permettre le retrait. À défaut, la partie qui suspend ou dénonce ses engagements engage sa responsabilité internationale⁶⁵ et ne peut, par principe, se retrancher derrière les dispositions de son droit interne pour justifier de la non-exécution d'un traité⁶⁶. D'ailleurs, la situation du Groënland, pourtant utilisée par certains pour appuyer l'hypothèse du retrait⁶⁷, ne fait que confirmer cette interprétation. En effet, si la décision par référendum du 23 février 1982 des Groënlais de mettre fin à l'application des traités communautaires sur leur territoire a été politiquement décisive, elle n'a pas eu de valeur juridique *ipso facto* vis-à-vis de l'engagement communautaire du Danemark. Il a fallu attendre l'entrée en vigueur du *traité sur le Groënland* signé le 13 mars 1984⁶⁸ par les différents États parties aux traités communautaires pour donner suite au référendum groënlais. Le consentement de toutes les parties contractantes des traités communautaires a donc été nécessaire pour rendre juridiquement opposable cette décision politique interne, conformément à l'article 54, b), de la Convention de Vienne.

Certes, l'article 56 de la Convention de Vienne de 1969 prévoit un droit de retrait implicite mais dans des hypothèses très limitées :

« 1. Un traité qui ne contient pas de dispositions relatives à son extinction et ne prévoit pas qu'on puisse le dénoncer ou s'en retirer ne peut faire l'objet d'une dénonciation ou d'un retrait, à moins :

- a) qu'il ne soit établi qu'il entrerait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait ; ou
- b) que le droit de dénonciation ou de retrait ne puisse être déduit de la nature du traité ».

⁶³ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, *ibid.*, § 150, pp. 162-164.

⁶⁴ Texte disponible sur Internet : <<http://www.jurisint.org/doc/html/ins/fr/2001/2001jiinsfr6.html>>.

⁶⁵ Voir M. SINKONDO, *Droit international public*, Paris, Ellipses, 1999, 508 p., pp. 53-55 et spécialement la règle « *Pacta sunt servanda* » de l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, *ibid.*

⁶⁶ Voir l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969, *op. cit.* L'article 46 du même texte y apporte certes une exception mais celle-ci ne concerne que la violation *manifeste* d'une règle d'importance *fondamentale* concernant la compétence pour conclure des traités.

⁶⁷ En particulier, voir R. MEHDI, « Brèves observations sur la consécration constitutionnelle d'un droit de retrait volontaire », in *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe – Liber Professorum 1973/74–2003/04*, Bruxelles, éditions PIE-Peter Lang SA, 2005, 563 p., pp. 113-126.

⁶⁸ JOCE, n° L 29, du 1^{er} février 1985, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1985.

Autrement dit, le silence du traité peut être contourné uniquement si la volonté de prévoir un droit de retrait apparaît plus ou moins implicitement lors de l'expression des volontés des parties, notamment au sein des travaux préparatoires, ou si la nature du traité implique un tel droit de retrait.

Or, pour ce qui concerne le droit communautaire, il aurait fallu disposer « de travaux préparatoires pertinents » qui ne sont en fait pas disponibles⁶⁹. Par ailleurs, si le critère de la nature du traité n'est pas d'une utilisation aisée, il tendrait plutôt à nier l'existence d'un quelconque droit de retrait implicite au sein de l'Union et de la Communauté européennes. En effet, certains auteurs estiment que « le droit de retrait est impossible – sauf à accepter la disparition de l'organisation – lorsqu'il existait un très fort sentiment *d'intuitus personae* entre les États fondateurs »⁷⁰. Un tel sentiment est en fait tout à fait identifiable pour la construction communautaire, en ce que les rédacteurs des traités avaient ambitionné l'évitement de la guerre⁷¹ et que, dans ce contexte, il devient difficile de « penser que la France aurait accepté le système communautaire si l'Allemagne pouvait le quitter à son gré »⁷². En outre, la construction communautaire peut ainsi être comparée à une organisation dont l'objet – le maintien de la paix – empêche le retrait⁷³.

De nombreux auteurs en déduisent alors l'exclusion du retrait unilatéral du système juridique communautaire et, par là, le caractère irréversible de la participation à la construction communautaire⁷⁴. Certes, dans la logique des théories volontaristes⁷⁵, il est difficile de concevoir qu'un État puisse se lier par un non-dit, puisqu'il ne peut exprimer son accord sur quelque chose qui n'existe pas. Pour autant, il nous semble tout aussi difficile d'imaginer que les acteurs diplomatiques ont pu simplement oublier la question du retrait alors même que, si la Convention sur le droit des traités n'était pas encore adoptée, elle était déjà entreprise aux premières pierres de la construction communautaire⁷⁶. En outre et surtout, cette Convention ayant pour but de *codifier* les principes relatifs aux traités, ces derniers existaient déjà, y compris à propos du refus d'un retrait unilatéral au sein d'un traité n'ayant pas prévu une telle hypothèse⁷⁷. Il

⁶⁹ P. DAILLIER et A. PELLET (N. QUOC DINH †), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^{ème} éd., 2002, 1510 p., § 382, 1^o, p. 590. Voir également J.-P. PUISOCHET, « Intervention lors de la synthèse : Le gouvernement des juges vu par les juges ? » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, 373 p., pp. 287-323, p. 301.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ Voir à ce sujet la *Déclaration* de Robert SCHUMAN du 9 mai 1950, *supra*, § 1.

⁷² Voir à ce sujet G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2006, 539 p., pp. 33-34.

⁷³ P. DAILLIER et A. PELLET (N. QUOC DINH †), *Droit international public*, *op. cit.*, § 195, p. 307 et § 382, p. 590.

⁷⁴ Voir, par ex., G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 33-34 ; J.-V. LOUIS, *L'ordre juridique communautaire*, *op. cit.*, pp. 89-90 ; ou encore D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2001, 779 p., §§ 31 et 70.

⁷⁵ Selon ces théories, l'État ne peut être lié que par le fait de sa propre volonté. Pour une synthèse, voir par ex. P.-M. DUPUY, *Droit international public*, *op. cit.*, § 281, p. 289.

⁷⁶ P. DAILLIER et A. PELLET (N. QUOC DINH †), *Droit international public*, *op. cit.*, § 63, p. 119.

semble donc difficile de croire que les rédacteurs des traités, spécialistes du droit international public, ont pu omettre une telle question ; le silence, en outre réitéré⁷⁸, n'a pu qu'être volontaire.

En définitive, les États ne peuvent, à notre sens, prétendre s'être engagés par un non-dit et en déduire le bénéfice d'un quelconque droit de retrait. Autrement dit, la réforme nationale globale mais isolée ne peut qu'être inopposable.

90. Cette « organisation internationale d'un genre particulier »⁷⁹ oblige ainsi les États d'une manière spécifique : elle emporte un engagement non seulement irréversible mais également profond, en ce qu'elle développe des « obligations statutaires »⁸⁰ à l'encontre des États si importantes qu'elle échappe aux logiques préalablement connues. Les États membres, toujours titulaires de la compétence de la compétence, demeurent toutefois d'autant plus souverains⁸¹ que le droit communautaire est spécialisé⁸², mais leur conscience politique de leur engagement communautaire n'est pas toujours en cohérence avec la vision juridique de la question.

§2. L'ambivalence politique de l'engagement communautaire

91. L'ambiguïté de la situation provient de l'origine première de la norme « première » communautaire : le droit communautaire existe du fait des droits nationaux,

⁷⁷ Plusieurs précédents peuvent être relevés en la matière. En premier lieu, la dénonciation par la Russie du Traité de Paris de 1856 sur la Mer Noire fut contestée par les autres parties contractantes au sein d'un protocole rédigé à Londres le 17 janvier 1871 : « C'est un principe essentiel du droit des gens qu'aucune puissance ne peut se délier des engagements d'un traité, ni en modifier les stipulations, qu'à la suite de l'assentiment des parties contractantes, au moyen d'une entente amicale ». Ce principe fut, en second lieu, réaffirmé par la Convention panaméricaine de La Havane du 20 février 1928 sur les traités. Voir en particulier P. DAILLIER et A. PELLET (N. QUOC DINH †), *Droit international public*, op. cit., § 195, p. 306.

⁷⁸ Nous pouvons en effet remarquer que les États membres ont eu maintes fois l'occasion, lors des divers traités modificateurs, d'intégrer le droit de retrait, s'ils l'avaient véritablement souhaité. Ils ne l'ont toutefois fait qu'à partir du moment où la construction communautaire devait prendre une dimension tout à fait nouvelle, par l'institution du *traité établissant une Constitution pour l'Europe*. Voir l'article I-60 de ce texte et les propos de G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, op. cit., p. 34.

⁷⁹ T.C. HARTLEY, *Constitutional problems of the European Union*, Hart Publishing, Oxford, 1999, 190 p., p. 139 : « international organisation of a special kind ».

⁸⁰ Le professeur DUPUY distingue en fait les obligations conventionnelles des obligations statutaires, en cohérence avec la mixité de l'engagement international créant une organisation internationale. Il s'agit respectivement des obligations classiques de droit international public et les obligations résultant de la constitution de l'organisation. Ainsi en déduisons-nous que si l'organisation internationale est originale, les obligations des États membres ne pourront qu'être singulières. Voir P.-M. DUPUY, *Droit international public*, op. cit., § 150, b), p. 162.

⁸¹ O. PFERSMANN, « État et souveraineté » in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, op. cit., pp. 31-46, spéc. § 48, pp. 37-38.

⁸² À propos d'un domaine des « plus résistan[t] à la transdisciplinarité du droit communautaire », voir le droit pénal : J. NARCISSO da CUNHA RODRIGUES, « À propos du principe "ne bis in idem" – Un regard sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes » in *Une communauté de droit – Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BMW, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, 648 p., pp. 165-176, p. 165.

autrement dit en raison d'« une volonté et [d']une finalité politiques »⁸³ multinationales. Ainsi la construction communautaire demeure-t-elle le résultat de conventions internationales⁸⁴ : certes, la souveraineté de l'ordre communautaire est « naissante » du fait des transferts successifs de souveraineté des États vers l'Union et la Communauté européennes ; toutefois, la souveraineté de ceux-là reste « vivace »⁸⁵. Il est en effet indéniable que les États membres demeurent souverains en tant qu'États (A), ce qui fonde l'intégrité de leur consentement progressif à l'ordre juridique communautaire déployé (B).

A. La persistance des souverainetés nationales

92. Si plusieurs conceptions de la souveraineté s'affrontent⁸⁶, toutes aboutissent au même constat de l'importance politique des pouvoirs étatiques *dans* et *pour* la construction communautaire.

93. Notamment, une partie de la doctrine distingue « le titulaire légitime de la souveraineté » du ou des « détenteurs de son exercice »⁸⁷. Habituellement sont ainsi désignés respectivement le peuple ou la nation – pouvoir constituant originaire – et les organes constitués – pouvoir constituant dérivé –. Une transposition de cette vision serait en fait possible à propos du droit communautaire. En tant que signataires des traités, les États membres pourraient être comparés à la « puissance constitutive » originaire dont découle la « puissance constitutive » dérivée en matière communautaire, ce dernier étant incarné dans les institutions communautaires. Certes, comme énoncé précédemment, l'agrégat des souverainetés étatiques ne peut avoir la même nature que l'individualité de chaque souveraineté. Toutefois, la nécessité pour les acteurs communautaires de tenir compte des positions étatiques est d'autant plus prégnante qu'elle est prévue institutionnellement par les traités. L'existence du Conseil de l'Union européenne conçu « comme un lieu de rencontre et de confrontations des intérêts étatiques »⁸⁸ ou la régularisation des conseils européens, véritables sommets inter-étatiques⁸⁹, en constituent de vifs témoignages.

⁸³ F. DEHOUSSE, « La primauté du droit communautaire sur le droit des États membres - Rapport fait au nom de la Commission juridique au Parlement européen », *RTDE*, 1965, pp. 212-246, § 14.

⁸⁴ Voir en ce sens O. PFERSMANN, « État et souveraineté » in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 31-46, spéc. § 48, pp. 37-38.

⁸⁵ Pour reprendre les qualificatifs de F. CHALTIEL in « Droit constitutionnel et droit communautaire », *RTDE*, 1999, pp. 395-408, p. 401, renvoyant en outre à sa thèse : *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français - Recherche sur la souveraineté de l'État membre*, Paris, LGDJ, 2000, 606 p.

⁸⁶ Voir à ce sujet É. MAULIN, « Souveraineté » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 1434-1439.

⁸⁷ É. MAULIN, « Souveraineté », *ibid.*, p. 1437.

⁸⁸ J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., 2002, 1098 p., p. 328.

⁸⁹ J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, *ibid.*, pp. 297-298.

94. Par ailleurs, une autre tendance doctrinale tend à distinguer la puissance étatique de la souveraineté, comprise ici dans un sens plus restreint. Comme le synthétise le professeur MAULIN, « [l]a première seule caractérise l'État tandis que la seconde n'est que la qualité que revêt la puissance de l'État lorsqu'il est pleinement indépendant »⁹⁰. Autrement dit, si pour ce qui concerne le domaine communautaire, l'État n'est plus tout à fait indépendant, il conserve toujours son essence identitaire, soit son propre pouvoir constituant et donc sa propre conception hiérarchique.

95. Ce parallèle de deux souverainetés engendre alors une différence d'appréciation selon l'ordre juridique de référence. Ainsi, du point de vue interne et indépendamment de la logique communautaire présentée ci-dessus, les traités acquièrent dans chaque ordre juridique national la valeur que leur confère celui-ci. Parfois, le droit communautaire prime l'ensemble des normes nationales, y compris constitutionnelles – lorsqu'elles existent⁹¹ –, de manière claire⁹² ou plus induite⁹³ ; cependant, le plus souvent, la constitution n'est pas incluse dans les normes nationales soumises au droit communautaire⁹⁴ ou alors sous certaines conditions⁹⁵.

Les États n'attribuent finalement pas les mêmes caractères à l'ordre juridique communautaire et, en général, ne s'y soumettent pas complètement.

B. Les consentements nationaux progressifs

96. Les États ont de ce fait témoigné à plusieurs reprises d'une certaine défiance envers la primauté du droit communautaire. En se retranchant derrière leur droit constitutionnel⁹⁶, ils niaient par là même la substance juridique de leur engagement communautaire. L'acceptation progressive de l'effet direct et de la primauté du droit communautaire témoigne toutefois d'une prise de conscience graduelle de la profondeur, insoupçonnée dans un premier temps, de la construction communautaire.

⁹⁰ É. MAULIN, « Souveraineté », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 1434-1439, p. 1438.

⁹¹ Voir A. BERRAMDANE, *La hiérarchie des droits – Droit internes et droits européen et international*, op. cit., pp. 67-69, à propos du Royaume-Uni.

⁹² Voir A. BERRAMDANE, *La hiérarchie des droits*, op. cit., pp. 99-100, à propos des Pays-Bas.

⁹³ Voir A. BERRAMDANE, *La hiérarchie des droits*, op. cit., pp. 115-116, à propos du Luxembourg ; voir également pp. 103-104 pour la controverse doctrinale portugaise.

⁹⁴ Voir A. BERRAMDANE, *La hiérarchie des droits*, op. cit., p. 101, pp. 106-108 et p. 112 en ce qui concerne resp. la Grèce, l'Espagne et la Belgique.

⁹⁵ Voir A. BERRAMDANE, *La hiérarchie des droits*, op. cit., pp. 93-97 pour l'Allemagne et p. 89 pour l'Italie ; voir également la situation ambiguë de la France, pp. 161 et s.

⁹⁶ Pour un exemple marquant, voir la contestation vaine de la compétence de la CJCE quant à l'application du traité dans le cadre du droit constitutionnel des Pays-Bas par les gouvernements belge et néerlandais dans l'affaire *Van Gend en Loos* : CJCE 5 février 1963, *Van Gend en Loos c/ Administratie der Belastingen*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3.

97. Il est vrai que la révolution juridique ne coïncide pas toujours avec la révolution politique⁹⁷. En tout cas, cette dernière est susceptible de prendre plus de temps, dans la mesure où sa légitimité dépend de l'acceptation de chaque expression de la souveraineté étatique concernée par la révolution⁹⁸. Or, la construction communautaire touche au fonctionnement des trois pouvoirs puisque, si les pouvoirs exécutif et législatif sont tenus de mettre en œuvre et donc de respecter les normes communautaires⁹⁹, le pouvoir judiciaire se trouve placé sous l'autorité de la CJCE, au point d'être soumis à l'obligation d'engager une procédure préjudicielle en cas de doute sur l'interprétation ou la validité d'une norme communautaire en dernière instance¹⁰⁰.

Le pouvoir judiciaire national est dès lors impliqué dans la création de l'ordre juridique communautaire. En effet, si celui-ci, comme tout nouvel ordre juridique, devient valide parce qu'il acquiert l'efficacité¹⁰¹, le juge, mettant en œuvre l'ordre juridique, participe à son efficacité. Autrement dit, lorsqu'un juge n'accepte pas une révolution juridique, soit un nouvel ordre juridique, il ne le sanctionne pas. Notamment, le juge peut refuser l'autorité d'un juge suprême qui n'aurait pas intégré sa fonction en conformité avec les règles initiales¹⁰².

Ce comportement, cette absence de révolution politique, est alors susceptible de mettre en danger l'efficacité et, par là, l'existence du nouvel ordre juridique. Certes, l'acceptation du troisième pouvoir est souvent soumise aux choix démocratiques, du fait de la nature du régime dont ce pouvoir procède. La non-automaticité de cet assentiment ne doit pour autant pas être négligée ; elle constitue, au contraire, un outil explicatif utile aux phénomènes d'acceptation du droit communautaire par les juges nationaux : le pouvoir judiciaire demeure susceptible d'influer sur une révolution juridique¹⁰³.

⁹⁷ Voir à ce sujet O. PFERSMANN, « L'élaboration et la révision des constitutions : la production du droit constitutionnel formel » in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, op. cit., pp. 93-110, § 129.

⁹⁸ Pour une expression de ce constat dans le cadre de la *Common Law*, voir H. BARNETT, *Constitutional & Administrative Law*, op. cit., p. 222 : « *The sovereignty of Parliament will only be lost under two conditions. The first condition would be where Parliament decided - perhaps on the authority of the people tested in a referendum - to abolish its sovereignty under that of a written constitution to be adjudicated upon by the judiciary. The second condition would be where the judiciary itself underwent a 'revolution' in attitude, and accepted that Parliament was no longer the sovereign lawmaking body and that the judges owed allegiance to an alternative - or different - sovereign power* ».

« La souveraineté du Parlement ne sera perdue que sous deux conditions. La première serait remplie si le Parlement décidait – peut-être sous l'autorité du peuple interrogé lors d'un référendum – d'abolir sa souveraineté au profit d'une constitution écrite, soumise à l'examen du pouvoir judiciaire. La deuxième condition serait remplie si le pouvoir judiciaire lui-même suivait une "révolution" de comportement, et acceptait que le Parlement ne soit plus l'organe législatif souverain et si les juges tenaient leur allégeance d'un pouvoir souverain substitutif – ou différent – ». Traduit par nous.

⁹⁹ Voir *supra*, § 82.

¹⁰⁰ Article 177 du traité CE devenu 234 TCE, *in fine*.

¹⁰¹ Voir notamment H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 210. Voir également *infra*, § 100.

¹⁰² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 271 : toutefois, s'il accepte une telle autorité nouvelle, « ces décisions [seront] exécutées et [deviendront] ainsi efficaces », engendrant un « changement révolutionnaire de Constitution » certes « partiel » mais complémentaire à la révolution ayant conféré à de nouvelles personnes les fonctions de juge suprême.

¹⁰³ Pour plus de réflexions sur la capacité des juges à influencer sur la construction communautaire, qui demeure un engagement international, voir *infra*, §§ 455 et s.

98. Or, si les pouvoirs exécutif et législatif purent accepter l'engagement juridique communautaire, pour en être à l'origine au moment respectivement de la signature et de la ratification, le pouvoir judiciaire ne put se prononcer qu'*a posteriori*. Certes, le juge constitutionnel national fut éventuellement sollicité pour apprécier la constitutionnalité des traités communautaires avant leur entrée en vigueur¹⁰⁴. Cependant, dans la logique du modèle européen de justice constitutionnelle largement diffusé au sein des États membres, la Cour constitutionnelle est placée en dehors de la hiérarchie juridictionnelle, au point de ne pas être assimilable à l'un des pouvoirs qu'elle contrôle¹⁰⁵.

99. Pour sa part, le juge ordinaire, véritable expression du pouvoir judiciaire, fut le mieux à même de comprendre la densité de l'engagement communautaire puisque les institutions, mises en place, avaient pu prendre « possession de leurs prérogatives » et ainsi révéler la nature profonde du droit communautaire¹⁰⁶. Notamment, il était directement concerné par l'obligation précitée de saisir la CJCE à titre préjudiciel sur l'interprétation du traité « lorsqu'une telle question est soulevée devant elles »¹⁰⁷, en vertu de l'article 177 du traité CEE devenu l'article 234 TCE.

Cette acquisition d'une « nouvelle casquette » ne devait cependant pas occulter la première : le juge ordinaire est avant tout chargé de contrôler la mise en œuvre des lois nationales. À ce titre, il avait naturellement tendance à privilégier les prescriptions législatives les plus récentes¹⁰⁸. Ainsi retardait-il les prémices de la révolution politique.

100. Ces prises de position contraires ne devaient toutefois qu'avoir un impact juridique limité sur la pérennité de l'ordre juridique communautaire. En effet, seule son effectivité était géographiquement et temporellement compromise. Son efficacité globale, condition de validité des normes communautaires¹⁰⁹, n'était donc que partiellement

¹⁰⁴ Pour un ex., voir la procédure de l'article 54 de la Constitution française expliquée in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, op. cit., § 440, pp. 301-302. Voir également D. SIMON, « L'inopposabilité de la réforme nationale », *Le système juridique communautaire*, op. cit., § 12, p. 36, note n° 2, à propos du traité de Maastricht et § 14, p. 38, note n° 8 à propos du traité d'Amsterdam ; ou encore C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, Juris-Classer, 2004, 494 p., § 24, p. 12.

¹⁰⁵ Voir à ce sujet L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, n° 2293, 3^{ème} éd., 1996, 127 p., spéc. pp. 22-23.

¹⁰⁶ P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes – Étude des sources du droit communautaire*, op. cit., p. 19.

¹⁰⁷ CJCE 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141.

¹⁰⁸ Pour prendre l'exemple du Conseil d'État français, voir *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 14^{ème} éd., 2003, 962 p., comm. n° 98, à propos de l'arrêt du 20 octobre 1989, *Nicolo*, §2 (1).

¹⁰⁹ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., not. pp. 91-92 et pp. 172-173. Voir également H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, Léviathan, 1996, 604 p., p. 5 : « on doit admettre qu'une norme perd sa validité quand elle n'est effectivement plus observée, ou si quand elle n'est pas observée, elle n'est effectivement plus appliquée. C'est le problème du rapport entre la validité de la norme – qui relève du devoir-être – et l'efficacité de cette norme – qui relève de l'être – » ; p. 185 : « L'efficacité de la norme [...] est la condition de la validité d'une norme [...], dans le sens où une norme perd sa validité avec la perte de son efficacité ou de la possibilité d'une efficacité, mais dans le sens où une norme, pour être valide, doit nécessairement être efficace puisqu'elle devient valide avant d'être efficace et puisqu'elle peut devenir efficace seulement après être devenue valide ».

altérée. Or, « l'effectivité du droit est la condition nécessaire mais non suffisante de son efficacité »¹¹⁰. Cependant, une multiplication de l'ineffectivité du droit communautaire était susceptible d'inquiéter ce dernier. La Cour de justice, parce que chargée de faire respecter l'ordre juridique dont elle procède, se devait alors de rebondir pour protéger cet ordre contre un degré d'ineffectivité trop important. En fait, en adoptant une méthode pédagogique, elle put expliquer les raisons de sa démarche et rassurer sur sa considération des souverainetés nationales dans la mise en œuvre de la norme « première » communautaire.

Deuxième section. La singularité consécutive du lien de subordination normative

101. Si la CJCE était profondément imprégnée de la norme « première » communautaire, elle devait persuader les acteurs nationaux non seulement de l'existence mais surtout de la portée de cette norme : comme toute norme « première », la norme « première » communautaire initie une hiérarchie des normes, fondée sur un principe de validité de la norme inférieure par rapport aux conditions d'élaboration de normes posées par la norme supérieure. Ce principe fut appelé par la CJCE le principe de « légalité »¹¹¹. Cette dénomination comporte certes l'avantage d'être intuitivement connue des juristes nationaux. Cette qualité se révèle pourtant être un inconvénient dans le contexte multiculturel de la construction communautaire. Puisque nous avons supposé qu'un signifiant utilisé en droit communautaire ne renvoie pas forcément au même contenu sémantique que les signifiants nationaux¹¹², le mot « légalité » véhicule une ambiguïté linguistique dont la CJCE a d'ailleurs pu tirer profit.

102. La meilleure façon de convaincre consiste effectivement à rassurer la personne dubitative. En utilisant les concepts qu'elle connaît, la CJCE prédisposait ainsi à l'acceptation de la hiérarchie des normes communautaires. L'utilisation du principe de légalité, si elle ne fut pas inutile en politique jurisprudentielle, ne rend toutefois pas compte de la réalité du droit communautaire. L'adoption d'un autre vocable nous paraissait donc beaucoup plus pertinente (§1) pour comprendre le lien qui unit hiérarchiquement les normes communautaires (§2).

§1. La communautarité, opportunité d'un vocable nouveau

103. Réfléchir sur la légalité implique d'envisager « ce qui est conforme à la loi », « ce qui doit être établi par la loi », « ce que la loi impose de faire » ou encore l'« ensemble des dispositions de la loi ou du Droit écrit ou du Droit positif »¹¹³. Plusieurs

¹¹⁰ A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, 758 p., « efficacité », pp. 219-221, § 5, p. 220.

¹¹¹ CJCE, arrêts du 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement*, aff. 294/83, *Rec.* p. 1339, pt 23.

¹¹² Voir *supra*, § 21.

¹¹³ « Légalité » in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 528.

tendances se dégagent : la légalité se réfère à la loi, soit au sens strict, soit au sens large. Toutefois, dans les deux hypothèses, le terme de légalité présente des lacunes, d'autant plus graves qu'elles se répercutent sur les droits fondamentaux (A), laissant ainsi la voie libre à un nouveau référent (B).

A. Les lacunes de la légalité

104. Dans un sens restreint, la légalité renvoie à la loi au sens formel, c'est-à-dire à l'acte législatif d'un parlement. Comme l'Union et la Communauté européennes ne développent pas de système législatif parlementaire assimilable à celui des États membres¹¹⁴, il devient inapproprié d'envisager la légalité au sens strict dans le domaine communautaire.

105. Il apparaît de toute façon que la majorité de la doctrine, au moins française, considère que le principe de légalité désigne « la soumission de l'administration au droit »¹¹⁵ et, par là, englobe toutes les règles opposables à l'administration. Le principe de constitutionnalité est alors compris dans le principe de légalité. Cette vision se révèle d'ailleurs être en concordance avec les propos de la CJCE dans son désormais célèbre arrêt *Les Verts*. En effet, alors qu'elle qualifie le traité de « charte constitutionnelle de base », elle envisage ensuite son rôle en matière de légalité et non de constitutionnalité, comme aurait pu également le laisser présager la référence à la « communauté de droit »¹¹⁶. Certes, le traité lui-même, en son article 230 TCE, désigne par « légalité » le rapport de conformité des actes institutionnels au traité. Toutefois, l'article 234 TCE présente un aspect différent. S'il envisage une question de rapport de conformité, le mot légalité n'apparaît pas ; en fait, s'y substitue le terme de validité, à l'acception beaucoup plus large et qui serait à ce titre plus en cohérence avec les premiers éléments avancés dans l'arrêt *Les Verts*¹¹⁷.

106. Préférer le terme de légalité à celui de validité n'était donc pas aussi évident. En outre, si la prédilection de la CJCE devait simplement s'interpréter comme la reprise des termes de l'article 230 TCE, la critique devrait s'élever contre une construction théorique fondée sur des prémices incomplètes, puisque négligeant l'utilisation du référent plus large qu'est la validité de l'article 234 TCE. Par ailleurs, à

¹¹⁴ Voir *supra*, § 19.

¹¹⁵ Voir par ex. G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, Paris, Presses de Sciences po et Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 2002, 641 p., p. 229 ; ou encore M. de VILLIERS (dir.), *Droit public général*, op. cit., spéc. §§ 415-416.

En outre, la doctrine allemande adopte une vision similaire puisque le terme utilisé à l'article 230 TCE en version allemande est *Rechtmäßigkeit* dont le préfixe *Recht* correspond à « droit » et non pas à loi au sens strict qui aurait été *Gesetz* ; voir le site Internet : <http://www.europa.eu.int/eur-lex/lex/de/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325DE.003301.html>.

¹¹⁶ CJCE, arrêts du 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement*, aff. 294/83, *Rec.* p. 1339, pt 23.

¹¹⁷ La différence de termes est évidemment respectée par les autres versions du TCE. Ainsi, en anglais sont utilisés *legality* et *validity*, en allemand, *Rechtmäßigkeit* et *Gültigkeit* ou encore en espagnol, *legalidad* et *validez*.

partir du moment où la CJCE se reconnaissait la possibilité de systématiser l'ordre juridique communautaire au point de le comparer à un État de droit, elle aurait pu, et certainement dû, en exprimer clairement la portée. Notamment, en parlant de légalité, elle sous-entend se référer à une conception qui privilégie, au moins symboliquement, la légalité à la constitutionnalité, au contraire d'une certaine vision modernisée du droit constitutionnel : le doyen Favoreu défend ainsi que « la constitutionnalité supplante la légalité »¹¹⁸, autrement dit que le principe de légalité doit s'incliner au profit du principe de constitutionnalité. Avancer l'idée constructive d'une charte *constitutionnelle* de base et ne pas adopter une vision progressiste du constitutionnalisme peut alors sembler étrange, d'autant que cette vision prédétermine le concept de droit fondamental communautaire.

107. En effet, dans le contexte plus large d'un juge qui cherche à développer des droits fondamentaux communautaires, alors que les droits fondamentaux sont avant tout l'expression d'une valeur constitutionnelle ou au moins supra-législative, la préférence pour le mot « légalité » peut apparaître inopportune. En tout cas, elle est susceptible de créer une confusion ultérieure sur la réelle nature des droits fondamentaux communautaires. Le doute ressurgit ainsi sur leur valeur normative, alors que celle-ci caractérise la différence entre *droit fondamental* et *liberté publique*¹¹⁹.

108. De toute façon, une telle prise de position de la CJCE ne peut qu'avoir été mûrement réfléchie : la présence du mot légalité n'est pas anodine et ne doit pas se limiter à une simple transposition du texte de l'article 230 TCE. Nous pensons au contraire que la non-utilisation d'un terme aussi profond que *constitutionnalité* ou aussi large que *validité* traduit une prudence volontaire de la Cour de justice. Dans le contexte de promotion des caractères de l'ordre juridique communautaire auprès d'organes nationaux plutôt réticents à la primauté complète de celui-là, la politique jurisprudentielle constitue un outil pédagogique particulièrement utile pour emporter la conviction des récalcitrants. Le discours de la CJCE se devait d'être le plus rassurant possible. L'utilisation d'un mot aussi large que légalité permettait à chaque juge national d'y comprendre ce qu'il espérait. Les craintes souverainistes plus ou moins instinctives rassurées, la CJCE pouvait officier son travail pédagogique tendant à convaincre de l'existence d'une norme « première » communautaire singulière, croyance nécessaire à la pérennité de l'effectivité et, par ricochet, de l'efficacité et donc de l'existence de l'ordre juridique communautaire.

¹¹⁸ L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 332, titre du § 2, voir également §§ 491-493.

¹¹⁹ Les libertés publiques se distinguent des libertés fondamentales en ce qu'elles désignent les droits de l'homme garantis par des normes infralégislatives. *Contra*, voir P. AUVRET et J. AUVRET-FINCK, « La complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des libertés publiques » in *Gouverner, administrer, juger*. Liber amicorum Jean Waline, Paris, Dalloz, 2002, 797 p., pp. 403-429, p. 404 : « Les libertés publiques sont tout à la fois législatives, *infra* législatives et *supra* législatives ». Et à propos de la contestation de la transposition du concept allemand « droits fondamentaux » en droit français, se référer à P. WACHSMANN, « L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux" », *RUDH*, 2004, pp. 40-49.

109. L'intérêt de faire croire repose effectivement dans ce qui fut désigné par les « anticipations auto-réalisatrices »¹²⁰. Pour simplifier, « une anticipation est auto-réalisatrice si les actions et réactions qu'elle engendre contribuent à sa réalisation »¹²¹. Autrement dit, si les acteurs nationaux sont persuadés de l'existence de la norme « première » communautaire portant notamment l'effet direct et la primauté du droit communautaire, ils vont adapter leur comportement de manière à être en conformité avec les normes communautaires et leur norme « première ». Cette dernière acquiert ainsi dans les faits, dans le politique, la portée qui n'était jusqu'alors que juridique. Elle devient donc effective et participe indirectement à l'appréciation de l'efficacité globale du système dont les normes communautaires tirent leur validité.

110. Dans un premier temps, les juges nationaux furent d'ailleurs assez rapidement convaincus de l'originalité du droit communautaire. L'expression la plus remarquable en fut certainement celle de la Cour de cassation de Belgique dans son arrêt de 1971 dit « Le ski »¹²², en ce que celle-ci y acceptait non seulement l'existence d'une norme « première » communautaire mais également sa portée.

L'attitude des juges administratifs de Francfort constitue également un témoignage intéressant, spécialement à propos de l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft*. En effet, s'ils tendent à reprendre en substance la réserve déjà formulée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande concernant la primauté de principe du droit communautaire sur les normes nationales sauf éventuellement en ce qui concerne la garantie des droits fondamentaux¹²³, les juges ordinaires allemands initient toutefois une procédure préjudicielle aux fins de s'adresser à la CJCE¹²⁴. Certes, le Tribunal administratif de Francfort saisira également la Cour constitutionnelle fédérale allemande à propos de la même affaire, ce qui peut expliquer le scepticisme des juges

¹²⁰ Ce concept est directement inspiré par la prise en compte de la psychologie en économie initiée par J.M. KEYNES dans sa *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, traduit de l'anglais par J. de LARGENTAYE, Paris, éd. Payot, 1995, 387 p., not. chap. 5 « De la prévision en tant qu'elle détermine le volume de la production et de l'emploi », pp. 71-76. Cette considération pour la psychologie des acteurs économiques, et notamment leurs anticipations, est d'ailleurs devenu incontournable en économie politique puisque M. FRIEDMAN, libéral s'opposant donc aux théories keynésiennes, utilise également les anticipations, quoique de manière divergente, pour expliquer le taux naturel du chômage : voir notamment J. BRÉMOND et M.-M. SALORT, *Dictionnaire des grands économistes*, Paris, éd. Liris, 1992, 187 p., pp. 56-59 et M. FRIEDMAN lui-même, *Dollars and Deficits Inflation – Monetary Policy and the Balance of Payments*, New Jersey, Prentice-Hall, Englewoods Cliffs, 1968, 279 p., p. 14.

¹²¹ S. ABBADIE, *Anticipations auto-réalisatrices en économie politique : exemples, concepts et prise en compte dans un processus décisionnel*, Thèse de doctorat en ingénierie des systèmes économiques, Aix-en-Provence, décembre 1986, 109 p., p. 4.

¹²² Cour de cassation de Belgique, 27 mai 1971, *État belge c/ SA « Fromagerie Franco-Suisse Le Ski », Pasicrisie belge*, 1971, I, p. 886 reproduit par P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes – Étude des sources du droit communautaire*, op. cit., pp. 311-312.

¹²³ Cour constit. fédérale allemande, 18 octobre 1967, *BVerfGE*, 22, p. 293, arrêt reproduit par P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes – Étude des sources du droit communautaire*, op. cit., pp. 304-306. Voir également l'extrait dans J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, op. cit., pp. 931-932.

¹²⁴ Voir le traitement de la question préjudicielle : CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, *Rec.*, p. 1125, pour les propos du Tribunal administratif de Francfort, voir le pt 2.

allemands concernant la réponse de la CJCE¹²⁵. Cependant, cette succession de saisines traduit le doute premier du juge administratif allemand quant au comportement qu'il devait adopter, et donc d'une certaine réception des analyses de la CJCE.

111. Dans un second temps cependant, ces mêmes juges nationaux témoignèrent d'une réticence soit nouvelle soit plus affirmée¹²⁶. L'œuvre pédagogique de la CJCE trouvait ainsi certaines limites, spécialement face aux droits constitutionnels nationaux. La CJCE, soucieuse de la pérennité de l'ordre juridique communautaire, devait alors témoigner de sa prise en considération des positions nationales mais également modérer ses revendications. Ainsi commença-t-elle à s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres¹²⁷ tout en veillant à ne pas utiliser de vocabulaire trop ambitieux. La terminologie constitutionnelle devait être maniée avec subtilité : une fois les craintes nationales animées en dépit des efforts de la CJCE, elle ne devait pas les entretenir en affrontant les juges nationaux jaloux de l'intégrité de leur constitution, ou inquiets de l'équilibre de leur ordre juridique non constitutionnel. Aussi pensons-nous que la CJCE préféra le terme *légalité*. Pour autant ce choix de politique jurisprudentielle ne peut convenir à l'analyse scientifique d'un objet qui diffère de la *légalité* nationalement considérée. L'utilisation d'un autre vocable nous permettra en outre de nous affranchir le plus possible de nos réflexes « statocentrés » et invitera le lecteur à emprunter un cheminement comparable.

B. Les qualités de la communautarité

112. La méprise persistante de l'ordre juridique communautaire passe par une analyse viciée par les prismes étatiques¹²⁸. Or, puisque la construction communautaire n'a pas engendré d'État¹²⁹, l'attribution de qualificatifs, tels que légal ou constitutionnel, ne peut correspondre à la réalité de l'ordre juridique communautaire. De toute façon, la recherche de scientificité impose de ne pas qualifier préalablement un objet, au risque de projeter ses aspirations dans le travail d'observation. Ainsi, au lieu de dépoussiérer de vieux concepts, ce qui en outre induirait l'analyste vers une comparaison potentiellement erronée, nous avons choisi de privilégier l'innovation en parlant de *communautarité*.

¹²⁵ Cour constit. fédérale allemande, 29 mai 1974, *Internationale Handelsgesellschaft c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, affaire dite *So lange I*, BverfGE, 37, p. 271 ; J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, op. cit., p. 932. À ce sujet, voir J. DARRAS et O. PIOTTE, « La Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande a-t-elle mis en danger la primauté du droit communautaire ? (Bundesverfassungsgericht, 2e Ch. 29 mai 1974) », *RTDE*, 1976, pp. 415-438.

¹²⁶ Voir en ce sens A. BERRAMDANE, *La hiérarchie des droits – Droit internes et droits européen et international*, op. cit., p. 112 à propos du retrait ultérieur de la pratique jurisprudentielle belge par rapport à l'affaire *Le Ski* et pp. 95-97 à propos de la saga des affaires dites *So lange I, II et III (ou II bis)* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

¹²⁷ Voir *infra*, §§ 308 et s.

¹²⁸ Voir *supra*, not. §§ 14 et 24 et s.

¹²⁹ À propos de la difficulté de qualifier la construction communautaire et des hésitations entre fédération et confédération, voir J.-L. CLERGERIE et V. FAURE-TRONCHE, *Le système juridique de l'Union européenne*, Paris, Ellipses, coll. « Mise au point », 2004, 126 p.

113. Par *communautarité*, nous entendons définir la validité de la norme communautaire dans le système propre de l'Union et de la Communauté européennes. La *communautarité* se distingue ainsi de la légalité et de la constitutionnalité en ce qu'elle ne se rapporte, ni à une loi, ni à une constitution. Elle permet alors de singulariser la construction communautaire des phénomènes déjà connus, car cette construction emprunte au droit international et aux droits nationaux tout en s'en détachant.

114. Certes, nous avons choisi de limiter le recours au néologisme¹³⁰. Toutefois, la « plasticité »¹³¹ des catégories juridiques ne suffit pas toujours à expliquer un phénomène nouveau : non seulement une situation originale n'entre pas forcément dans les catégories préexistantes, mais encore le phénomène nouveau peut être « hybride »¹³² et relever de plusieurs catégories. Cette situation, parce que générant une complexité aiguë, ne permet alors de rendre compte de l'objet que partiellement : il devient difficile d'acquérir une vision d'ensemble de celui-ci ; sa pleine compréhension devient lacunaire.

115. Une solution consiste alors à reconsidérer les qualifications en adaptant les catégories ou en en créant de nouvelles¹³³. Cette méthode correspond d'ailleurs aux enseignements d'ARISTOTE. En effet, celui-ci se fondait sur la « primauté du réel »¹³⁴ pour préconiser le droit de nature, c'est-à-dire issu de l'observation de la réalité ou de la nature. Ainsi s'attachait-il à « la société telle qu'elle est »¹³⁵, et non pas à telle qu'elle devrait être. En ce sens, ARISTOTE propose une méthodologie scientifique de résolution des problèmes juridiques proche du positivisme kelsénien. En tout cas, cette méthode justifie l'adaptation des catégories juridiques pour éviter de « violenter inutilement la réalité »¹³⁶.

116. Notre choix pour la *communautarité* relève donc de l'opportunité : un mot nouveau permet d'aborder le fait communautaire sans œillère nationale, mais également de ne pas privilégier telle ou telle tendance culturelle. Le mot nouveau doit cependant être compris de tous, ce qui implique le plus souvent une transposition dans la langue nationale de chacun. Aussi proposons-nous quelques traductions de ce néologisme. En combinant des mots existants, il est possible d'aboutir à des traductions commensurables. Nous proposons ainsi *communitariness* pour l'anglais, *Gemeinschaftsrechtmäßigkeit* pour l'allemand, *comunitaridad* pour l'espagnol ou encore *comunitarita* pour l'italien. L'essentiel consiste en fait en la désignation d'un concept proprement communautaire. L'utilisation de consonances proches de *légalité* ou *constitutionnalité* permet en outre de

¹³⁰ Voir *supra*, § 20.

¹³¹ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, 408 p., p. 129.

¹³² J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *ibid.*, pp. 124 et 126.

¹³³ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, pp. 130-132.

¹³⁴ C. ATIAS, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2004, 364 p., p. 67.

¹³⁵ P. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, éd. Cujas, 2^{ème} éd., 2001, 376 p., p. 19.

¹³⁶ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1951, 337 p., pt 3.A, pp. 15-17, spéc. p. 17.

signifier que ce terme nouveau est également le fruit d'une hiérarchie des normes, mais d'une hiérarchie originale.

117. Enfin parce qu'il est conçu pour la compréhension de la hiérarchie des normes communautaires, ce néologisme évite l'écueil de la « consommation de concepts »¹³⁷. Le terme *communautarité* permet au contraire de rendre compte d'une réalité nouvelle, et d'apprivoiser ainsi le cadre juridique original de la protection des droits fondamentaux communautaires.

§2. La *communautarité*, opportunité d'un vocable opérationnel

118. Comme nous l'avons déjà souligné¹³⁸, l'ordre juridique communautaire est intégré aux droits des États membres. Ainsi la mise en œuvre du droit communautaire est-elle susceptible de dépendre de normes nationales, certes de valeur équivalente, mais d'ordres juridiques différents. La concrétisation d'une norme communautaire s'effectue donc par autant de normes que la construction communautaire compte de membres.

119. La hiérarchie des normes communautaires comprend alors des normes typiquement communautaires et des normes nationales adoptées dans le domaine communautaire. Le lien qui unit les premières entre elles d'une part, et les premières et les secondes d'autre part, parce qu'impliquant soit un seul ordre juridique, soit plusieurs ordres juridiques, est à différencier. Certes, les deux situations présentent un lien de validité entre des normes supérieures et inférieures. Toutefois, elles demeurent différentes car, si dans un cas les normes sont internes à l'ordre juridique communautaire, dans l'autre cas, les normes peuvent lui être extérieures. Aussi, lorsque la *communautarité* concerne des normes typiquement communautaires, elle peut être qualifiée d'endogène (A) tandis que, lorsqu'elle est relative à des normes nationales d'application du droit communautaire, elle acquiert un caractère externe. Toutefois, afin d'éviter toute confusion avec la validité formelle d'une norme¹³⁹, nous utiliserons un autre terme : l'adjectif endogène permet de déterminer le lien qui unit les normes communautaires et leurs normes nationales d'application, tout en exprimant la source des premières par rapport aux secondes, ce que caractérise en logique la surjection (B).

¹³⁷ Nous reprenons une idée avancée par J. DELORS à l'occasion de son intervention sur *Europe 1* le dimanche 25 février 2001, dans l'émission *C'est arrivé demain* présentée par A. CHABAUD, de 9 à 10h. Cette dernière lui fait remarquer que J. CHIRAC a parlé de « fédéralisation des États-Nations », concept par ailleurs défendu par l'invité. Celui-ci répond toutefois et de manière surprenante que « les dirigeants politiques français consomment beaucoup de concepts ». Il a certainement voulu dire qu'un concept ne doit pas être utilisé pour lui-même mais en correspondance avec un contenu.

¹³⁸ Voir *supra*, §§ 76-77.

¹³⁹ À propos de la légalité externe, voir par ex. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, Paris, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, 1423 p., pp. 1023-1039.

A. La communautarité endogène

120. Comme ce qui est endogène, la *communautarité* des normes typiquement communautaires est produite par l'ordre juridique de l'Union et de la Communauté européennes en dehors de tout apport extérieur. Autrement dit, les éléments utiles au test de validité sont tous intrinsèques au droit communautaire *stricto sensu*.

121. La *communautarité* endogène n'est en fait pas vraiment différente des rapports normatifs déjà connus sous les vocables de constitutionnalité ou légalité. Sa particularité réside en sa source originale – les traités communautaires – et non en une constitution ou une loi. Ainsi ces traités communautaires jouissent-ils d'une « valeur juridique supérieure »¹⁴⁰ ou d'une « prééminence »¹⁴¹ sur les autres normes communautaires, découlant des traités. Les institutions doivent alors respecter les prescriptions des traités lorsqu'elles édictent des normes. D'ailleurs, la mission première de la Commission européenne consiste à veiller « à l'application des dispositions du présent traité ainsi que des dispositions prises par les institutions en vertu de celui-ci »¹⁴². Les actes du Conseil européen, même comparables à l'expression de la « puissance constitutive » originaire¹⁴³, sont donc soumis au respect des prescriptions des traités¹⁴⁴.

122. En outre, la *communautarité* endogène ne peut être appréciée que par rapport à l'ordre juridique dont elle procède. Aussi et de manière attendue, les autres juridictions que la CJCE, le TPICE ou dorénavant les chambres juridictionnelles spécialisées sont clairement incompétentes pour apprécier une telle *communautarité*¹⁴⁵. Les juges nationaux ont d'ailleurs largement suivi cette prescription et se refusent à contrôler une norme communautaire par rapport aux traités de l'Union et de la Communauté européennes¹⁴⁶.

¹⁴⁰ J.-C. PIRIS, « L'Union européenne a-t-elle une constitution ? Lui en faut-il une ? », *RTDE*, 1999, pp. 599-635, p. 604.

¹⁴¹ P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes – Étude des sources du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 154.

¹⁴² Article 211, 1^{er} tiret, TCE.

¹⁴³ Voir *supra*, § 90, ou encore l'article 202, 1^{er} tiret, TCE.

¹⁴⁴ Pour un exemple récent de contrôle d'un règlement du Conseil dans le domaine politiquement difficile de la lutte contre le terrorisme, voir l'ordonnance du TPICE, 15 février 2005, *PKK et KNK c/ Conseil*, aff. T-229/02_1, *Rec.*, p. II-539.

¹⁴⁵ CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85, *Rec.*, p. 4199, pts 17 à 20 et spéc. pt 20 : « Il y a donc lieu de répondre [...] que les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité des actes des institutions communautaires ».

¹⁴⁶ Voir par ex. Cour constit. fédérale allemande, 18 octobre 1967, *op. cit.*, ou encore Conseil constit. français, déc. n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *Rec.*, p. 101, cons. n° 7. Ce considérant de principe fut d'ailleurs repris plusieurs fois dans les déc. n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, *Rec.*, p. 107, cons. n° 18, n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, *Rec.*, p. 122, cons. n° 4 et n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Protection des données personnelles*, *Rec.*, p. 126, cons. n° 7. Sur ce point, se référer notamment à T. OLSON et P. CASSIA, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2006, 61 p., pp. 57-59.

123. En somme, la *communautarité* endogène est comparable aux liens de validité déjà connus et ne mérite alors pas d'étude approfondie supplémentaire¹⁴⁷. Elle ne présente donc pas de singularité telle qu'elle justifierait l'emploi d'un néologisme, au contraire de la *communautarité* surjective.

B. La communautarité surjective

124. L'originalité de la hiérarchie des normes communautaires tient en ce que les normes d'application sont susceptibles d'être des normes nationales, donc extérieures à l'ordre juridique communautaire. Pour autant, celles-là sont nécessaires à celui-ci, ne serait-ce que parce qu'elles participent à le rendre globalement efficace et donc valide¹⁴⁸. Parallèlement, les normes nationales d'application découlent des normes communautaires. Ainsi, le lien qui unit l'ensemble de ces normes ne peut être qualifié d'exogène, car ce qualificatif induit que ce qui vient de l'extérieur nourrit l'intérieur, autrement dit prime le préexistant¹⁴⁹. Or, la *communautarité* procède du phénomène inverse. En ce sens, l'application surjective coïncide avec la réalité du droit communautaire primant.

125. La surjection constitue en fait une « application de E dans F telle que tout élément de F a au moins un antécédent dans E »¹⁵⁰. Par exemple, face à l'ensemble « E = 2 » et à l'ensemble « F = les nombres pairs », la surjection correspond à l'opération de multiplication qui aboutit à ce que tous les éléments de l'ensemble F – les nombres pairs – sont des multiples de 2¹⁵¹. Ainsi les éléments de F dépendent-ils d'au moins un élément de E ; ils leur sont donc soumis.

Autrement dit, en ce qui concerne notre objet juridique, l'ensemble E est constitué de normes communautaires prescrivant leur mise en œuvre par les États membres ; l'ensemble F regroupe les normes nationales d'application prescrites, et la surjection correspond à la flèche qui va des premiers aux seconds du fait de l'obligation pour les États membres de respecter et de mettre en œuvre les normes communautaires, notamment en raison de l'article 189 du traité CEE, devenu 249 TCE¹⁵². Ainsi pour

¹⁴⁷ Pour une analyse du droit primaire – les traités – et du droit dérivé qui en découle, voir, parmi les nombreuses études des sources du droit communautaire, D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., titre 1^{er} de la 2^{ème} partie, pp. 301-381.

¹⁴⁸ À propos du rapport entre efficacité globale et validité d'un ordre juridique, voir *supra*, § 100.

¹⁴⁹ Voir la définition d'exogène donné par le *Petit Larousse illustré*, Paris, 2006 : « Qui provient du dehors, de l'extérieur », par opposition à endogène.

¹⁵⁰ *Le Petit Larousse illustré*, Paris, 2006.

¹⁵¹ Il est vrai que notre exemple pourrait également correspondre à une application injective puisque notre ensemble originaire – ensemble E – ne comporte qu'un seul élément. Or, la différence entre l'injection et la surjection se caractérise par le fait que si, pour la première, tout élément de l'ensemble d'arrivée – ici F – a *au plus* un antécédent dans l'ensemble de départ – ici E –, pour la seconde, l'ensemble d'arrivée a *au moins* un antécédent dans l'ensemble de départ. Aussi la différence entre l'injection et la surjection n'est-elle pas dans notre exemple manifeste. Toutefois, l'explication d'une hypothèse plus adéquate nous semblait inutile car elle aurait engendré une complexité superflue à la compréhension de notre propos.

¹⁵² Notre choix pour la surjection au détriment de la bijection fut influencé par notre volonté de trouver un outil explicatif large. En effet, le mot *norme* est souvent employé au sens large ; notamment, une loi est

chaque norme nationale d'application du droit communautaire existe-t-il une ou plusieurs normes communautaires préalables.

126. Les normes communautaires sont dès lors originaires. Elles conditionnent de ce fait les normes nationales d'application du droit communautaire. À ce titre, elles sont essentiellement et classiquement d'effet direct et supérieures.

Les normes communautaires sont tout d'abord d'effet direct. Ce principe, fut posé dès 1963 dans « la décision historique la plus importante de la Cour de justice »¹⁵³, l'arrêt *Van gend en Loos*¹⁵⁴. Afin de garantir l'efficacité de l'application du droit communautaire, création originale de droit international, les normes communautaires doivent pouvoir s'appliquer directement dans les ordres juridiques nationaux. Ce principe fut d'ailleurs précisé par la CJCE à plusieurs reprises, notamment dans l'affaire *Van Duyn*¹⁵⁵. Ainsi, selon la Cour, une disposition communautaire produit des effets directs à trois conditions : « il faut qu'il s'agisse d'une obligation claire et précise - non assortie de conditions - et sans aucune marge d'appréciation laissée à l'État membre »¹⁵⁶.

En cas de contrariété avec une norme nationale, la norme communautaire acquiert en outre la primauté. Ce principe, affirmé par l'arrêt *Costa*¹⁵⁷ conçu dès sa publication comme « l'une des grandes décisions rendues par la Cour »¹⁵⁸, jouit d'une portée multiple. Non seulement la norme communautaire l'emporte sur la norme nationale, même constitutionnelle¹⁵⁹, mais encore la norme communautaire génère un effet à la fois « abrogatoire » et « bloquant »¹⁶⁰ : elle rend « inapplicable de plein droit [...] toute disposition contraire de la législation nationale » et empêche « la formation valable de

considérée comme une norme. Toutefois, une loi peut contenir plusieurs énoncés prescriptifs. Or, selon la théorie du droit, chaque énoncé prescriptif constitue une norme. Ainsi, dans le premier cas, une norme nationale d'application du droit communautaire peut transposer plusieurs normes communautaires : la norme nationale trouve donc au moins un antécédent dans les normes communautaires. Toutefois, dans le second cas, une norme nationale d'application du droit communautaire ne peut transposer qu'une seule norme communautaire *stricto sensu* : à une norme communautaire correspond donc une norme nationale, rapport qu'exprime la *bijection*. Aussi, selon le point de vue, l'application varie. Toutefois, la bijection et la surjection ne sont pas étrangères l'une à l'autre puisque la première constitue une combinaison de la surjection et de l'injection. En fait, la bijection inclut la surjection mais aussi l'injection. Afin d'éviter d'adopter un raisonnement trop rigoureux, nous avons donc choisi l'application logique susceptible de convenir à toutes les situations.

¹⁵³ P. PESCATORE, « Aspects judiciaires de l'"acquis communautaire" », *RTDE*, 1981, pp. 617-651, p. 636.

¹⁵⁴ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos c/ Administratie der Belastingen*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3.

¹⁵⁵ CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn c/ Home office*, aff. 41/74, *Rec.*, p. 1337.

¹⁵⁶ A.R. LEITAO, « L'effet direct des directives : une mythification ? », *RTDE*, 1981, pp. 425-441, p. 425. Voir également D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 311.

¹⁵⁷ CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141.

¹⁵⁸ R.-M. CHEVALLIER, « Revue analytique de la Jurisprudence de la Cour de Justice en 1964 », *RTDE*, 1965, pp. 260-280, p. 261.

¹⁵⁹ Pour un exemple récent, quoique implicite, voir CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil c/ Allemagne*, aff. C-285/98, *Rec.*, p. I-69, not. pt 12 où le gouvernement allemand invoque la conformité des règles nationales en cause avec la règle constitutionnelle interdisant aux femmes d'effectuer un service armé.

¹⁶⁰ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 327, pp. 413-414.

nouveaux actes législatifs nationaux [...] incompatibles »¹⁶¹. Le principe de primauté emporte ainsi de nombreux effets sur les qualités des normes communautaires mais également sur l'action nationale d'application du droit communautaire.

127. Les États membres doivent en effet observer le droit communautaire car « dans la communauté de droit que constitue la Communauté européenne, un État membre est tenu de respecter les dispositions du traité et, notamment, d'agir dans le cadre des procédures prévues par celui-ci et par la réglementation applicable »¹⁶². Le principe de coopération loyale déjà évoqué¹⁶³ justifie en fait de telles prescriptions. Ainsi chaque entité étatique est-elle soumise au respect du droit communautaire, que ce soient les expressions des pouvoirs législatif ou exécutif comme classiquement en droit international¹⁶⁴, mais également judiciaire. La primauté du droit communautaire a effectivement déployé des effets longtemps sous-évalués. La CJCE les a toutefois révélés au point d'en faire un « contentieux de la deuxième génération »¹⁶⁵. Le juge national acquiert ainsi un rôle nouveau, étant donné que « les autorités judiciaires des États membres [sont] chargées de veiller à l'application et au respect du droit communautaire dans l'ordre juridique national »¹⁶⁶, quitte à écarter les dispositions nationales incompatibles. Le juge national devient alors de plus en plus acteur de la construction communautaire¹⁶⁷. En tout cas, l'approfondissement de cette construction et surtout son efficacité dépendent dorénavant directement, quoique pas uniquement, du juge national. En découlent la volonté de la CJCE de contrôler le respect par les juridictions nationales de leurs obligations communautaires, comme le droit au juge, le principe d'équivalence du traitement juridictionnel, le droit à une protection provisoire ou encore le relevé d'office des moyens tirés du droit communautaire¹⁶⁸.

128. Ces divers contrôles ne peuvent toutefois pas complètement annihiler les limites de l'effet direct. En effet, celles-ci découlent de la nature même de l'ordre juridique communautaire¹⁶⁹ et plus précisément de la *communautarité* : parce que l'application du droit communautaire dépend de normes afférentes à vingt-cinq ordres juridiques différents, l'uniformité de cette application présente des lacunes d'autant plus importantes que les juges nationaux ont pu témoigner de certaines réticences à l'encontre

¹⁶¹ Pour les deux citations, CJCE, 9 mars 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, p.629.

¹⁶² CJCE, 22 octobre 2002, *National Farmers' Union*, aff. C-241/01, *Rec.*, p. I-9079, pt 50.

¹⁶³ Voir *supra*, § 82.

¹⁶⁴ Les pouvoirs exécutif et législatif jouent en effet un rôle classique puisqu'ils sont respectivement acteurs des phases de négociation, puis de signature et de ratification des traités.

¹⁶⁵ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., §§ 331 et s., pp. 417 et s.

¹⁶⁶ CJCE, ordonnance, 13 juillet 1990, *J. J. Zwartveld et autres*, aff. C-2/88, *Rec.*, p. I-3365, pt 18. Voir également A. MASUCCI, « La longue marche de la Cour de justice vers une "protection provisoire européenne" », *REDP*, 1997, pp. 621-632, not. p. 621.

¹⁶⁷ À propos du rôle des juges nationaux pour le développement de la protection des droits fondamentaux communautaires, voir *infra*, §§ 455 et s.

¹⁶⁸ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., §§ 332-335, pp. 418-425.

¹⁶⁹ J.-V. LOUIS, *L'ordre juridique communautaire*, op. cit., § 110.

de la primauté du droit communautaire, surtout vis-à-vis des normes constitutionnelles. Le jeu combiné de l'effet direct et de la primauté se trouve donc circonscrit par la multiplicité des normes de concrétisation nationale.

Troisième section. La multiplicité délicate des normes de concrétisation nationale

129. Parce que la norme « première » communautaire fonde l'ordre juridique de l'Union et de la Communauté européennes, elle reflète l'originalité de la construction communautaire. Sa portée devient donc nécessairement singulière. La hiérarchie des normes communautaire est d'ailleurs régie par ce que nous avons identifié comme le principe de *communautarité* : l'application des normes communautaires dépend de normes nationales aussi différentes qu'elles ressortissent à chacun des ordres juridiques des vingt-cinq États membres. Certes, les principes d'effet direct et de primauté ont été conçus pour développer une application uniforme du droit communautaire. Toutefois, ils ne sont pas absolus, et ne peuvent annihiler complètement l'ambivalence politique de la norme « première » communautaire résultant de la persistance des souverainetés nationales au sein de la construction communautaire. Ainsi l'effet direct et la primauté n'ont-ils pas pour conséquence de toucher à l'essence des ordres juridiques nationaux. Ces derniers ne se confondent pas avec l'ordre juridique communautaire.

130. Les normes d'application du droit communautaire sont donc susceptibles d'une certaine variabilité selon les ordres juridiques nationaux. Or, ces normes de concrétisation comportent des caractéristiques particulières car, selon les théories du droit, elles constituent soit les seules normes valides d'un ordre juridique¹⁷⁰, soit les normes potentiellement les plus appliquées, autrement dit les plus importantes¹⁷¹. Les normes de concrétisation révèlent ainsi un paradoxe d'autant plus important que le contexte communautaire génère la multitude (§1). Ce paradoxe trouve toutefois une issue dans le principe hiérarchique permettant le maintien de l'équilibre entre les ordres juridiques communautaire et nationaux (§2).

§1. Le paradoxe de la concrétisation

131. L'ordre juridique communautaire constitue un ordre dynamique : les autorités habilitées à énoncer les normes inférieures peuvent initier de nouveaux contenus normatifs non prévus par les règles supérieures¹⁷². Les normes inférieures sont alors susceptibles d'être non seulement des normes d'application du droit, mais aussi des

¹⁷⁰ É. MILLARD, « Réalisme » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 1297-1299.

¹⁷¹ O. PFERSMANN, « La notion moderne de constitution » in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, op. cit., pp. 51-92, § 94.

¹⁷² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., pp. 193-273, Titre V « Dynamique du droit », spéc. pp. 195-197 ou encore p. 275.

normes de création de droit ; seuls les actes « qui réalisent les actes de contrainte statués par des normes juridiques » ne sont qu'application du droit¹⁷³.

132. Toutes les normes inférieures d'un ordre juridique dynamique emportent ainsi potentiellement une nouveauté. Parce qu'elles ont pour vocation de préparer leur application finale, elles intègrent des éléments de plus en plus concrets, absents de la norme supérieure. Autrement dit, elles participent à leur concrétisation.

En devenant de plus en plus précises, les normes inférieures trouvent alors à s'appliquer plus directement que les normes supérieures dont elles procèdent pourtant. En effet, l'autorité chargée de mettre en œuvre une sanction se reporte naturellement à la norme la plus immédiate, celle lui permettant de trouver les éléments nécessaires à son action. Par exemple, pour arrêter une personne condamnée pour meurtre, un officier de police judiciaire ne peut pas se fonder sur la norme générale interdisant le meurtre ; en revanche, il agit en fonction de la norme la plus concrète lui indiquant l'identité de la personne qu'il doit poursuivre. Dès lors, « l'application d'une norme dépend de son degré de concrétisation »¹⁷⁴.

Ainsi, plus une norme est inférieure, plus elle est susceptible d'applicabilité. La norme inférieure devient par là plus importante que la norme générale. Autrement dit, « la norme ayant un degré de concrétisation plus élevé va prévaloir sur celle ayant un haut degré d'abstraction et de généralité »¹⁷⁵. En découle un véritable « renversement de la hiérarchie selon l'ordre de la production »¹⁷⁶. Certes, une telle conclusion peut être critiquée dans sa radicalité¹⁷⁷. Toutefois, elle découle d'un phénomène suffisamment troublant pour qu'il soit qualifié de véritable paradoxe.

133. Le droit communautaire s'expose également à ce paradoxe. En effet, son application ressortit principalement aux autorités nationales. La portée de la directive communautaire en constitue un vif témoignage. En enjoignant sa transposition, elle participe à sa minoration puisque les autorités nationales chargées de mettre en œuvre le droit communautaire se référeront dorénavant à la norme la plus immédiate, soit la norme nationale de transposition de la directive. Bien que d'effet direct selon l'article 189 du traité CEE devenu l'article 249 TCE, le règlement communautaire ne nécessite pas de normes nationales de transposition. Pour autant, les normes de concrétisation qu'il induit

¹⁷³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 237.

¹⁷⁴ O. PFERSMANN, « La notion moderne de constitution » in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, op. cit., pp. 51-92, § 94.

¹⁷⁵ O. PFERSMANN, « La notion moderne de constitution » in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, op. cit., pp. 51-92, § 94.

¹⁷⁶ O. PFERSMANN, « La notion moderne de constitution » in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, op. cit., pp. 51-92, § 94.

¹⁷⁷ À propos de la contestation d'« un quelconque renversement de la hiérarchie » du fait que la validité ou l'existence d'une norme proviennent « du processus de production de normes », voir M. TROPER, « Réplique à Denys de Béchillon », op. cit., p. 269.

ne peuvent être que nationales puisque la « Communauté n'a pas d'infrastructure administrative, pas de pouvoir direct de coercition, pas d'armée et pas de police »¹⁷⁸.

134. Comme tout ordre juridique, l'ordre juridique communautaire n'échappe en somme pas au paradoxe de la concrétisation. Le contexte communautaire, par nature multiple, en renforce au contraire les effets (A) au point que, si la norme finale de concrétisation ne peut être que nationale, cette situation remet en question l'autonomie du droit communautaire par rapport aux droits nationaux (B).

A. L'amplification du paradoxe dans le contexte communautaire

135. Classiquement est abordé « le problème fondamental de la coexistence, dans les États membres, de deux ordres juridiques d'origine différente : le droit communautaire et le droit interne »¹⁷⁹. Ce problème prend une tout autre dimension si le chercheur se place du point de vue de l'ordre juridique communautaire en tant que tel : il ne s'agit plus, dès lors, de coexistence entre deux ordres juridiques, mais entre vingt-six soit l'ordre communautaire et chaque ordre national.

136. La concrétisation de la norme communautaire revêt dès lors la multitude : à une norme communautaire correspondent vingt-cinq séries de normes nationales différentes. Certes, le professeur Kelsen¹⁸⁰ avait déjà souligné que les concrétisations « ne valent que pour une fraction du territoire » puisque les normes individuelles par lesquelles s'opère la concrétisation « sont posées par des organes dont la compétence à l'effet de créer des normes est limitée spatialement, à une fraction du territoire, par les règles qui la leur attribuent ». Ainsi « l'idée pure de l'État unitaire, c'est-à-dire [...] l'idée pure de centralisation » était-elle déjà mise en doute ; la construction communautaire ne ferait, par conséquent, que révéler un phénomène préexistant, bien que sous-estimé. Toutefois, cette même construction communautaire diverge de cette analyse : l'ensemble des normes considérées ne font pas partie du même ordre juridique, au moins tant que les ordres nationaux ne seront pas considérés comme de véritables sous-systèmes d'un même ordre communautaire. En effet, la construction communautaire n'est pas proprement fédérale, et les États membres de l'Union et de la Communauté européennes conservent leur personnalité internationale¹⁸¹.

137. En définitive, le multilingue et le multinational cohabitent dans la concrétisation du droit communautaire au point de rendre difficile la lecture des articulations des normes communautaires et de leurs normes nationales de concrétisation.

¹⁷⁸ W. HALLSTEIN, « Intervention dans le débat juridique sur le rapport de DEHOUSSE (Primauté du droit communautaire sur le droit des États membres) Session de juin 1965 du Parlement européen », *RTDE*, 1965, pp. 247-254, pp. 250-251.

¹⁷⁹ F. DEHOUSSE, « La primauté du droit communautaire sur le droit des États membres - Rapport fait au nom de la Commission juridique au Parlement européen », *op. cit.*, pt 10.

¹⁸⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 305.

¹⁸¹ À propos de l'importance de cette condition dans la caractérisation d'une succession d'États au moment de la création d'un État fédéral, voir H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 281.

Deux phénomènes concourent à cette complexité : la communication entre systèmes connaît d'une part un problème d'envoi d'informations (1), et d'autre part un problème de réception (2) de ces mêmes informations¹⁸². En fait, cette situation correspond à ce que la télécommunication appelle le multiplexage.

1. L'émission de la norme communautaire

138. La première signification attribuée au multiplexage désigne celui-ci comme la « division d'une voie de transmission commune en plusieurs voies distinctes pouvant transmettre simultanément des signaux indépendants dans le même sens »¹⁸³. La concrétisation de la norme communautaire part également d'une voie communautaire unique pour aboutir à autant de voies distinctes que l'Union et la Communauté européennes comptent de membres.

139. Du point de vue de l'uniformité recherchée du droit communautaire, ce multiplexage normatif porte en germe des problèmes de cohérence entre les différents messages envoyés. Se pose notamment la question de traduction non seulement de mots mais surtout d'idées ou de concepts nécessaires à l'expression de tout énoncé normatif. Du fait du multilinguisme, la norme communautaire emprunte de nombreuses voies différentes, au point que sa substance peut varier au final d'une voie à l'autre. D'ailleurs, la jurisprudence communautaire relative aux problèmes soulevés par l'interprétation de textes plurilingues ne manque pas¹⁸⁴. Il est vrai que le droit a déjà été confronté au multilinguisme, ne serait-ce que dans les expériences de certains États fédéraux comme la Belgique ou le Canada. Pour autant, le degré de multilinguisme n'atteint jamais celui que connaît la construction communautaire, y compris dans les organisations les plus mondialisées où est choisi un nombre restreint de langues officielles alors que le degré d'intégration des ordres juridiques est bien moindre¹⁸⁵.

140. La cohérence des messages descendants de la norme communautaire vers les ordres nationaux ne peut alors être absolue, et le sera de moins en moins à mesure des élargissements, du moins, tant que le choix de ne pas opter pour un nombre limité de langues officielles sera maintenu¹⁸⁶. La norme communautaire évolue au final dans un

¹⁸² À propos de l'importance de la prise en considération de l'émetteur et du destinataire d'un message, voir G. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2005, 440 p., not. pp. 28-29, 207-209, 217-218 ou encore 229-232.

¹⁸³ *Le Petit Larousse illustré*, Paris, 2006.

¹⁸⁴ Voir à ce sujet P. PESCATORE, « Interprétation des lois et conventions plurilingues dans la Communauté européenne », *Les Cahiers de droit*, 1984, pp. 989-1010, pp. 996-1008.

¹⁸⁵ Par ex., l'Organisation des Nations Unies (ONU) fonctionne avec six langues officielles : l'anglais, l'arabe, le chinois, l'espagnol, le français et le russe. Voir le site Internet officiel de l'ONU : <<http://www.un.org/>>.

¹⁸⁶ Certains auteurs comme le professeur PESCATORE (in « Incompréhensions et malentendus en matière linguistique », rapport sur le thème *La construction de l'Europe : aspects linguistiques et juridiques*, Colloque international et interdisciplinaire à Saverne organisé par les Universités de Strasbourg et de Cologne, les 7, 8 et 9 décembre 2001, 19 p.), préconisent l'abandon du régime multilingue au profit d'un certain nombre de langues officielles. Si ce choix permettrait d'alléger les procédures intra-

contexte si particulier que sa concrétisation ne peut se faire dans une totale uniformité, d'autant que les différentes formes que prend un message voulu unique substantiellement tendent à inciter l'autorité réceptrice à ne considérer que le message qu'elle a directement reçu formellement.

2. La réception de la norme communautaire

141. La seconde signification du multiplexage permet d'ailleurs d'orienter nos réflexions vers la réception du message. En effet, celle-là correspond à la « combinaison de signaux indépendants en un seul signal composite destiné à être transmis sur une voie commune »¹⁸⁷. En ce sens, cette définition convient à la situation des autorités étatiques face aux normes communautaires et nationales : ces dernières sont des signaux indépendants transmis par une voie unique véhiculant l'ensemble des normes que les autorités étatiques sont censées mettre en œuvre.

142. En fait, cette logique multiplexe pose une question de cohérence des messages ainsi regroupés. Si certains problèmes de régulateur de vitesse ont pu l'attester dans l'industrie automobile, sa transposition dans le domaine juridique ne l'exempte pas d'imperfections. Les cas d'incompatibilités, voire de contradictions, entre des normes communautaires et des normes nationales sont en effet suffisamment multiples pour occuper les juges communautaires même de plus en plus nombreux. Les situations dans lesquelles les autorités nationales sont confrontées à des signaux incohérents en sont d'autant plus fréquentes¹⁸⁸.

L'interprétation de l'une et/ou l'autre norme de manière à ce que les deux soient compatibles constitue souvent un moyen de résoudre le conflit au niveau national. Toutefois, d'un point de vue plus global, la norme communautaire risque d'être adaptée aux contingences étatiques de vingt-cinq manières différentes. Certes, une telle adaptation est de toute façon induite dans le processus initié par une directive communautaire : l'obligation de résultat laisse le choix des moyens, selon le principe de l'article 189 du traité CEE devenu l'article 249 TCE : cela implique une certaine variabilité des normes nationales déduites selon le contexte étatique. Cependant, la recherche d'uniformité du droit communautaire incite les institutions de l'Union et de la Communauté européennes à rédiger les directives de manière très précise. La latitude des États membres s'en trouve alors si limitée que la doctrine n'hésite pas à parler d'obligations comparables à celles résultant d'un règlement communautaire¹⁸⁹. Les États

communautaires, il ne dispenserait pas de l'opération de traduction dans chacune des langues des États membres. Cette opération certes ressortirait de la responsabilité de chaque État membre, mais resterait une étape nécessaire à la concrétisation de la norme communautaire. Le problème du multiplexage ne serait que déplacé. L'abandon du multilinguisme ne modifierait donc que très partiellement nos constatations.

¹⁸⁷ *Le Petit Larousse illustré*, Paris, 2006.

¹⁸⁸ Voir *supra*, § 86, à propos de CJCE, 19 juin 1990, *The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame Ltd et autres*, aff. C-213/89, *Rec.*, p. I-2433.

¹⁸⁹ Voir par ex. CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Droit communautaire et Droit français*, Paris, La documentation française, Notes et études documentaires, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil le 3 décembre 1981, 1982, 287 p., pp. 21, 57 et 285 ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, pt 267 ; ou encore C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de*

membres reprennent d'ailleurs souvent les directives mot pour mot, au moins en partie¹⁹⁰, tandis que la CJCE estime que le « l'intensité normative des directives est variable »¹⁹¹.

143. Cette recherche d'uniformité existentielle¹⁹², parfois contraire à l'esprit originaire des traités, induit certainement la prise de conscience de la dangerosité de la diversité d'application pour l'intégrité du droit communautaire. Si le paradoxe de la concrétisation est inhérent à tout système juridique, il est particulièrement virulent en ce qui concerne l'ordre juridique communautaire. En effet, la concrétisation de la norme communautaire est sujette à la variabilité, non seulement dans l'émission d'une norme traduite en vingt langues différentes, mais aussi au moment de sa réception par les autorités nationales : en lisant la norme, elles l'interprètent et y intègrent de ce fait une certaine culture juridique. La norme nationale d'application du droit communautaire reflète alors nécessairement une teinte nationale, différente selon les États membres. Le paradoxe de la concrétisation devient ainsi d'autant plus difficile à gérer que les normes de concrétisation, qui deviennent supérieures à la norme communautaire ne sont pas issues de la même culture juridique et surtout sont issues d'autant de cultures juridiques. Si ce paradoxe de la concrétisation était déjà susceptible de nuancer l'unité d'un ordre juridique¹⁹³, ce paradoxe atteint, au sein de la construction communautaire, un degré tel que l'autonomie du droit communautaire ne peut y échapper totalement.

B. Les répercussions sur l'autonomie du droit communautaire

144. Conçue comme un principe fondateur de la construction communautaire depuis la jurisprudence *Costa*¹⁹⁴, l'autonomie du droit communautaire implique que celui-ci existe en lui-même, pour lui-même. La doctrine considère en fait que la construction communautaire repose sur une « irréductible autonomie de l'ordre juridique communautaire »¹⁹⁵, sans laquelle l'affirmation de son effet direct et de sa primauté perdrait toute signification. D'ailleurs, il en découle « qu'une règle communautaire ne

l'Union européenne, *op. cit.*, pt 550. Pour une position plus nuancée, voir J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, *op. cit.*, pp. 156-157. À propos des raisons qui expliquent un tel phénomène, se référer à A.R. LEITAO, « L'effet direct des directives : une mythification ? », *op. cit.*, p. 441.

¹⁹⁰ Pour un ex. récent, voir le nouvel article L. 611-18 inséré dans le code de la propriété intellectuelle français par l'article 17 de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, dont le premier alinéa reprend quasiment mot pour mot le §1 de l'article 5 de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

¹⁹¹ E. BERNARD, « Modalités de transposition des directives », *Europe*, 2006, n° 8-9, comm. n° 231, p. 9, à propos de CJCE, 15 juin 2006, *Commission c/ Suède*, aff. C-459/04, *Rec.*, p. I-79*.

¹⁹² F. DEHOUSSE, « La primauté du droit communautaire sur le droit des États membres - Rapport fait au nom de la Commission juridique au Parlement européen », *op. cit.*, pt 29.

¹⁹³ Voir *supra*, § 132.

¹⁹⁴ Voir à ce titre M. DARMON, « Juridictions constitutionnelles et droit communautaire (Réflexions sur la jurisprudence constitutionnelle d'Italie, de République fédérale d'Allemagne et de France relative à l'insertion du droit communautaire dans l'ordonnement juridique interne) », *RTDE*, 1988, pp. 217-251, p. 220.

¹⁹⁵ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 323, pp. 406-408.

tire jamais sa validité d'une norme interne quelle qu'en puisse être la situation dans la hiérarchie nationale des règles de droit »¹⁹⁶.

145. Toutefois, une telle affirmation présente des limites. Notamment, parce que la norme communautaire est nécessairement concrétisée par une série de normes nationales, l'ordre juridique communautaire a besoin des ordres juridiques nationaux pour exister ; il ne se suffit pas à lui-même¹⁹⁷. En outre et indépendamment de la question de la source première du droit communautaire, celui-ci ne peut être globalement efficace sans le recours aux mises en œuvre nationales. Or, comme nous l'avons déjà vu, l'efficacité globale d'un ordre juridique est une condition de validité de ses normes¹⁹⁸ et, par ricochet, de sa propre existence.

L'occultation des normes de concrétisation et, surtout, du paradoxe qu'elles véhiculent n'engendre qu'une prise en considération partielle d'un ordre juridique et se révèle donc imparfaite. Ainsi, au contraire de l'ancien juge à la CJCE PESCATORE, nous ne considérons pas que « le droit communautaire forme un système juridique complet, en quelque sorte fermé sur lui-même, puisqu'il porte en lui toutes les ressources nécessaires pour se développer et pour se réaliser »¹⁹⁹.

146. Il ne s'agit pour autant pas de réfuter les qualités de l'ordre juridique communautaire. Au contraire, la négation de son autonomie reviendrait à contester l'essence de la construction communautaire et, par ricochet, la portée de sa norme « première ». Aussi un tel raisonnement aurait-il pour effet de saper ses propres prémices. En revanche, une précision sur ce que signifie l'autonomie du droit communautaire peut permettre d'éviter les incohérences logiques.

147. En effet, si ce qui est autonome est indépendant, l'indépendance revêt plusieurs acceptions. Notamment, elle est susceptible de désigner l'absence de rapports entre plusieurs choses, soit ce qui est séparé. Ainsi, même si l'ordre juridique communautaire ne peut se passer d'autonomie pour exister en tant que tel, il peut être affirmé qu'il n'est pas pleinement indépendant ou inséparable des ordres juridiques nationaux.

Cette précision est d'ailleurs corroborée par les propos fondateurs de la CJCE, lorsque dans son arrêt *Costa*, elle énonce : « le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres »²⁰⁰. L'utilisation combinée de ces deux adjectifs est révélatrice. L'ordre juridique visé n'émane pas des

¹⁹⁶ J. DARRAS et O. PIROTTE, « La Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande a-t-elle mis en danger la primauté du droit communautaire ? (*Bundesverfassungsgericht*, 2^e Ch. 29 mai 1974) », *op. cit.*, p. 431.

¹⁹⁷ J. BOULOUIS, « Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général » in *Droit communautaire et droit français – Recueil d'études*, *op. cit.*, pp. 19-67, p. 39. Article extrait du *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, tome 235, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff publishers, 1992-IV, pp. 9 et s.

¹⁹⁸ Voir *supra*, § 100.

¹⁹⁹ P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes – Étude des sources du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 163. Nous soulignons.

²⁰⁰ CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141, pt 3. Nous soulignons.

systèmes nationaux ; il est au contraire inclus dans leur structure. Autrement dit, comme le souligne le doyen Boulouis :

« il s'agit d'un droit construit de toutes pièces qui, s'il n'est pas sans racines profondes dans les systèmes juridiques des États membres auxquels il se superpose et dans lesquels il doit s'intégrer, ne se confond cependant pas exactement avec aucun d'entre eux »²⁰¹.

L'autonomie n'emporte donc pas l'indépendance.

148. Le paradoxe de la concrétisation ne s'épuise toutefois pas avec cette précision. Au contraire et comme pour tout ordre juridique, un tel paradoxe demeure. S'il présente l'avantage de permettre une meilleure perception de l'originalité de l'ordre juridique communautaire, il ne dissipe pas les difficultés de son appréhension globale. En effet, la question de l'agencement des ordres communautaire et nationaux ainsi que de leurs normes respectives ne cesse d'occuper la doctrine soucieuse d'identifier l'ordre primant²⁰². Les réflexes systématisants à la française se heurtent pourtant régulièrement à certains arcanes. Ce blocage se matérialise en fait par une série d'interrogations laissées sans réponse²⁰³. Il semble alors impossible de déterminer qui, de l'ordre juridique communautaire ou de chaque ordre national, prime l'autre.

149. Néanmoins, l'absence de solution devrait ouvrir la réflexion. En effet, si une voie est connue sans issue, il semble absurde de persister à vouloir l'emprunter. L'étude objective, ou la moins subjective possible, de la nature à la manière d'ARISTOTE devrait normalement conduire l'observateur à rechercher une alternative opérationnelle, c'est-à-dire capable de décrire ce qui existe, indépendamment de ce que l'on recherche. Ainsi, puisqu'il semble impossible de réduire la réalité des relations des ordres juridiques communautaire et nationaux à un système simple fondé sur la primauté de l'un, la conclusion pourrait tout simplement se réduire au fait qu'un tel système n'existe pas. Quelques mouvements doctrinaux se sont d'ailleurs engagés vers cette nouvelle voie en substituant un principe hiérarchique à un système globalement hiérarchisé.

§2. La parade du principe hiérarchique

150. Le paradoxe de la concrétisation des normes communautaires soulève en fait une double question : il s'agit de l'appréhender non seulement, comme pour tout système, au sein de l'ordre communautaire lui-même, mais également dans les relations que celui-ci entretient avec les autres ordres juridiques nationaux dont il dépend. Comme le rappelle effectivement le professeur GAUDIN, il « existe, depuis l'origine, une double

²⁰¹ J. BOULOUIS, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence – Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés européennes » in *Droit communautaire et droit français – Recueil d'études*, *op. cit.*, pp. 99-111, p. 100.

²⁰² Pour un ex. récent, voir A. LEVADE (dir.), « Constitution et Europe », *CCC*, 2005, n°15, pp. 133-180. Se référer not. à la contribution du même auteur « Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au cœur des rapports de système », pp. 133-137.

²⁰³ *Ibid.*, pp. 136-137. Voir également V. CONSTANTINESCO, « Des racines et des ailes - Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 313.

hiérarchie : celle interne à la Communauté, et celle régissant les rapports avec le droit national, sous la forme de la primauté »²⁰⁴. La difficulté essentielle réside cependant dans l'impossibilité, avec les outils existants, de rendre compte de ces rapports.

151. En effet, raisonner en termes de hiérarchie des normes de deux ordres distincts implique d'instiller, dans la description normalement apolitique des relations en cause, des choix politiques tenant à la volonté profonde que tel ou tel système ne puisse être fragilisé. Puisqu'une seule norme peut fonder une hiérarchie, un tel raisonnement induit indubitablement l'alternative droit constitutionnel national/droit communautaire primaire. Une division s'opère alors naturellement entre les constitutionnalistes et les communautaristes qui, retranchés dans leurs aspirations, négligent le manque d'objectivité de leurs observations initiales. Et les tentatives de conciliation ne peuvent les résoudre²⁰⁵.

152. La recherche de scientificité implique au contraire l'absence de choix préalable : le scientifique se doit d'observer l'existence de vingt-six ordres juridiques différents dont les normes s'articulent, ou ne s'articulent pas, selon les circonstances. La logique systémique, en ce qu'elle implique l'absolu, ne correspond alors pas aux résultats de l'observateur : pour beaucoup « donner une suprématie absolue à l'un des [...] ordres juridiques en présence »²⁰⁶ relève de la gageure. Le scientifique doit donc rechercher un autre outil explicatif.

153. La remise en cause de la logique systémique n'est d'ailleurs pas spécifique au domaine communautaire. Elle prend plusieurs formes tendant toutes à dénoncer l'altération de la vision pyramidale du droit (A), au profit d'un principe hiérarchique (B). Cette conception est ainsi susceptible de mettre fin aux apories hiérarchiques obstruant la compréhension du droit communautaire en son entier.

A. L'altération de la vision pyramidale du droit communautaire

154. Chercher à penser autrement l'articulation des normes nationales et communautaires ne constitue pas un affront dans la mesure où le système pyramidal des normes est déjà critiqué (1). Une telle contestation demeurerait toutefois bien stérile si une alternative n'était pas envisageable (2).

²⁰⁴ H. GAUDIN, « Amsterdam : l'échec de la hiérarchie des normes ? », *RTDE*, 1999, pp. 1-20, p. 20.

²⁰⁵ Notamment, le professeur OBERDORFF envisage l'existence d'« une primauté matérielle du droit communautaire et [d']une primauté formelle du droit constitutionnel » *in* L. FAVOREU et H. OBERDORFF, « Droit constitutionnel et droit communautaire - Les rapports de deux ordres juridiques », *RMCE*, 2000, pp. 94-99, p. 97.

²⁰⁶ M. FROMONT, « Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne », *RAE*, 1997, pp. 191-208, p. 205. Voir également A. BARAV, « Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire : le fantôme de Simmenthal », *RTDE*, 1985, pp. 313-341, p. 332 ; ou encore L. FAVOREU et H. OBERDORFF, « Droit constitutionnel et droit communautaire - Les rapports de deux ordres juridiques », *op. cit.*, p. 96.

1. La contestation de la vision pyramidale du droit communautaire

155. La hiérarchie des normes n'est plus un concept exempt de critiques en général. Notamment, le professeur PUIG identifie la crise de la hiérarchie des normes²⁰⁷, car la conception absolue ou systémique de la hiérarchie souffre de plusieurs déficiences. Aux nombreuses incertitudes relatives à l'insertion de la coutume, des PGD, ou encore des actes du gouvernement dans l'ordre juridique de référence, l'auteur caractérise un degré trop important de désordre dans « l'échelle interne des normes [...] confrontée au pluralisme des ordres et à leur délicate articulation »²⁰⁸. Dans un contexte internationalisé, le système hiérarchique se révèle donc incapable d'ordonner clairement les normes ; autrement dit, il perd ici sa fonction existentielle.

156. Certes, certains arguments militeraient en faveur de la pérennité de la pyramide des normes. Notamment, il pourrait être contesté que la hiérarchie entre les deux ordres national et communautaire relève de la primauté telle que conçue en droit international. Or, la primauté dans le contexte internationalisé ne signifie rien d'autre que la supériorité d'un ordre en son entier sur un autre ordre en son entier²⁰⁹ dont le non-respect n'engage la responsabilité de l'État qu'au niveau international. Cependant, si la CJCE adopte une position identique à celle de la Cour permanente de justice internationale²¹⁰, il demeure que le droit communautaire exerce une influence originale, bien que matériellement partielle, sur les droits nationaux. L'effet direct des dispositions communautaires est évidemment limité par la « décentralisation organique »²¹¹ des acteurs communautaires impliquant une application en droit interne, autrement dit une transposition conférant aux normes communautaires qualité de normes internes²¹². Toutefois, le non-respect de l'effet direct, soit la non-application d'un acte communautaire portant force dérogatoire à l'encontre d'un acte national contraire,

²⁰⁷ P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTDE*, 2001, pp. 749-794, p. 749 et p. 792.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 767.

²⁰⁹ Voir l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, *op. cit.* : « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». Sur ce point, se référer à O. PFERSMANN, « La primauté : double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée », *CCC*, 2005, n° 18, pp. 138-140, p. 139. Voir également F. DEHOUSSE, « La primauté du droit communautaire sur le droit des États membres ... », *op. cit.*, p. 215.

²¹⁰ Voir à ce sujet O. PFERSMANN, « La primauté : double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée », *ibid.* ; consulter d'une part, CPJI, arrêt du 25 mai 1926, *Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, série A, n° 7 ; avis du 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, série A/B, n° 44 ; et d'autre part, par ex., CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil c/ Allemagne*, affaire C-285/98, *Rec.*, p. I-69 : au pt 12, le gouvernement allemand invoque une disposition constitutionnelle, mais la CJCE traite globalement des dispositions du droit allemand.

²¹¹ O. PFERSMANN, « La primauté : double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée », *op. cit.*, p. 140.

²¹² L. FAVOREU et H. OBERDORFF, « Droit constitutionnel et droit communautaire - Les rapports de deux ordres juridiques », *op. cit.*, p. 97 : « Pour Louis Favoreu, l'application du droit international par le juge constitutionnel n'a lieu qu'une fois réalisée l'incorporation de celui-ci en droit interne. Par conséquent, la constitutionnalisation du droit européen doit être conçue comme une transformation du droit européen en droit interne ». (Propos rapportés par la revue).

emporte une sanction au plan interne : le juge national est soumis par une norme transposée (donc dorénavant nationale) au respect des actes d'autorités communautaires, ne serait-ce que par les implications de l'article 234 TCE concernant le recours préjudiciel.

157. L'enchevêtrement²¹³ des normes communautaires et nationales est donc prégnant. Les ordres juridiques ne sont plus simplement superposés et la vision systémique de la hiérarchie des normes s'épuise devant le fait communautaire.

2. L'alternative de la logique matricielle

158. Plusieurs auteurs tentent ainsi de s'extraire de la vision pyramidale du droit. Notamment, l'ancien président de la CJCE MERTENS de WILMARS souligne que :

« l'intégration européenne c'est [...] quelque chose de neuf. En réalité nous apprenons lentement à vivre dans un système de cercles concentriques plutôt que dans un système pyramidal et fortement hiérarchisé »²¹⁴.

Même si l'idée ne nous semble pas, en tant que telle, très explicite, elle connaît un certain succès doctrinal. Notamment, Amadeu LOPES-SABINO la reprend²¹⁵, mais c'est surtout Nicolas MOUSSIS qui en donne une vision opérationnelle. Imaginant l'élaboration d'une nouvelle Constitution pour l'Europe, suite à l'enterrement politique du traité établissant une Constitution pour l'Europe, ce dernier estime qu'elle ne devrait pas souffrir du même défaut : une entrée en vigueur conditionnée à la ratification de l'*unanimité* des États membres. Aussi son projet doctrinal emporte-t-il trois hypothèses, correspondant à la division de l'Europe en « trois cercles concentriques » :

le « premier cercle comprendrait les pays ayant adopté la Constitution de l'Union européenne. Le deuxième cercle comprendrait tous les pays du premier cercle et les pays qui auraient opté pour le statu quo, c'est-à-dire les pays qui voudraient poursuivre l'intégration économique avec les pays de l'UE, mais ne souhaiteraient pas participer à l'intégration politique prévue par la Constitution. Le troisième cercle comprendrait tant les pays des deux premiers cercles que les pays qui voudraient rester en dehors du processus d'intégration tant économique que politique »²¹⁶.

Le schéma suivant résume en fait cette position, qui ne désigne rien d'autre qu'une construction communautaire à géométrie variable :

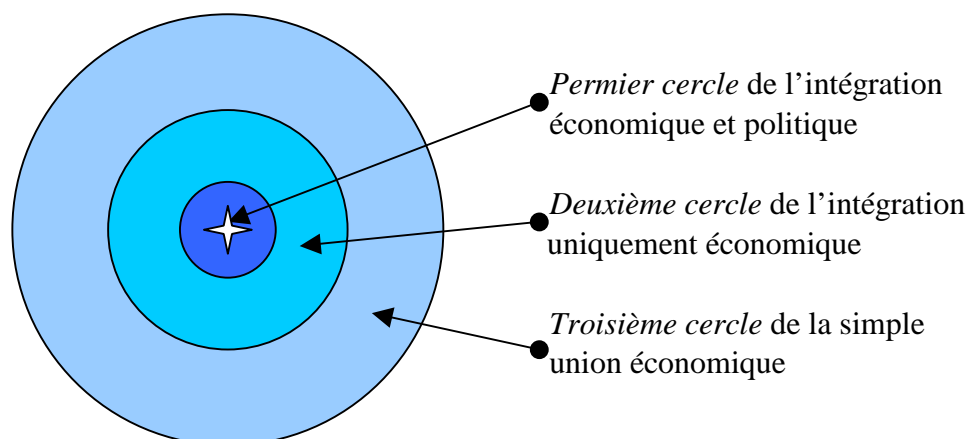
²¹³ À propos de la notion de « hiérarchie enchevêtrée », voir P.-Y. MONJAL, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, Bibliothèque de droit international et communautaire, tome 112, Paris, LGDJ, 2000, 629 p., p. 555.

²¹⁴ J. MERTENS de WILMARS, « Préface » in A.-J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991, 304 p., pp. 15-19, p. 17.

²¹⁵ A. LOPES-SABINO, « Penser la Constitution de l'Union européenne », *RMCUE*, 1993, pp. 362-366, p. 366.

²¹⁶ N. MOUSSIS, « La Constitution est morte ! Vive la Constitution ! Une Constitution rédigée par une Assemblée constituante », *RMCUE*, 2006, pp. 151-165, pp. 163-165, spéc. p. 163.

Schéma α.
La vision de la construction communautaire selon des cercles concentriques



Toutefois, il ne nous semble pas que l'idée de « cercles concentriques » soit adéquate. En effet, l'image choisie n'exclut pas toute idée de hiérarchie puisque les économistes construisent notamment leur « colline du plaisir » sur la base de courbes qui, fermées et vues du dessus, ressembleraient à une succession de cercles inscrits les uns dans les autres. La « colline du plaisir » ayant pour objectif de transcrire mathématiquement l'augmentation de l'utilité de la consommation en rapport avec le niveau de satisfaction procurée²¹⁷, l'image traduit une hiérarchie des utilités/satisfactions qui rappelle étrangement celle d'une pyramide²¹⁸.

En outre, cette image ne règle pas la question du fondement des ordres juridiques national et communautaire ainsi représentés : le centre des deux cercles peut correspondre aussi bien à la Constitution de l'État qu'aux traités de la construction communautaire, selon les aspirations politiques.

Enfin et de toute façon, l'image de « cercles concentriques » ne peut rendre compte de la réalité du droit communautaire vu de lui-même : si de tels cercles disposent d'un même centre, il ne peut s'agir que d'une vision tronquée du droit communautaire, car limitée à ses relations avec un seul ordre juridique national puisque les droits nationaux ne se mélangent pas. Cette image n'illustre donc que de manière défailante la construction communautaire.

²¹⁷ Plus précisément, il s'agit de la représentation de la fonction d'utilité par des courbes d'indifférences dites « de Robinson » (du nom de leur théoricien). Voir par ex. H. DEFALVARD, *Fondements de la microéconomie*, vol. I, *Les choix individuels*, Belgique, édition de Boeck Université, 2003, 190 p., p. 44 ; ou encore P. PICARD, *Éléments de microéconomie, I. Théorie et application*, Paris, Montchrestien, 2002, 587 p., pp. 37-38.

²¹⁸ Il est toutefois vrai que la nature des liens qui unit les différents niveaux de plaisir est radicalement différente de celle des liens qui coordonnent les différents niveaux normatifs. En matière juridique, une pyramide implique que les normes de niveaux supérieurs conditionnent l'existence de toutes les normes de rang inférieur. Or, en matière économique, si le niveau supérieur de plaisir peut influencer sur les niveaux de plaisir postérieurs, il dépend aussi des niveaux de plaisir antérieurs. L'appréciation des utilités/satisfactions obéit en effet à une logique temporelle incluse dans la référence à la quantité consommée. En découle un double phénomène : le plaisir tend à augmenter puis, après un certain seuil de comblement, tend à diminuer. Par exemple, la plupart des gens éprouvent plus de satisfaction à manger deux carrés de chocolat qu'un seul mais, au bout de trois tablettes, n'en éprouvent plus du tout.

159. En revanche, si les ordres nationaux sont des courbes fermées toutes sécantes de manière à se rejoindre sur une même surface, celle-ci correspondrait au droit communautaire. Ainsi, si chaque ordre national était représenté par une couleur, l'ordre communautaire serait commun à tous les ordres, le blanc correspondant au mélange de toutes les couleurs. Le schéma suivant illustre le principe d'une telle articulation²¹⁹.

Schéma β
La vision des ordres juridiques communautaire et nationaux
selon une logique matricielle



Chaque figure dispose alors de son propre centre, imageant le fondement de chaque ordre juridique. – On retrouve en fait une logique matricielle, tendant à étudier les points communs à plusieurs plans sécants. – Ce schéma illustre ainsi à la fois l'autonomie et la dépendance du droit communautaire vis-à-vis des États-membres. Il permet en outre de transcrire les possibilités d'évolutions de ces relations : les élargissements du domaine communautaire peuvent simplement se traduire par l'augmentation de la surface blanche et la diminution corrélative des surfaces colorées.

160. Pour autant, la simplicité trouve ici ses limites : la question des relations entre chaque ordre national et l'ordre communautaire ne peut plus correspondre « au syncrétisme et à la simplification excessive »²²⁰ du principal – voire du seul pour certains – outil d'articulation des normes qu'est le système pyramidal. Il ne s'agit donc nullement de dénoncer l'inefficacité générale de la hiérarchie des normes positiviste, ni d'exclure tout raisonnement hiérarchique, mais simplement de souligner l'inadéquation d'un outil à un environnement particulier. Il serait toutefois improductif de ne se contenter que de la contestation. Au contraire, la rigueur implique d'initier la recherche d'un outil explicatif nouveau.

²¹⁹ Sachant que la représentation de tous les ordres nationaux aurait obscurci la lecture du schéma en l'absence de logiciel capable de dessiner en trois dimensions, nous n'avons tracé que trois courbes fermées au lieu de vingt-cinq.

²²⁰ P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *op. cit.*, p. 757.

B. La pertinence du principe hiérarchique en droit communautaire

161. Dans un contexte internationalisé, une conception moins absolue est en fait susceptible de se substituer à une logique trop systémique. En ce sens, le professeur PUIG identifie un principe hiérarchique (1), tout à fait susceptible de pertinence en droit communautaire (2).

1. L'identification du principe hiérarchique

162. Le professeur PUIG considère tout d'abord qu'il n'est pas nécessaire de créer une hiérarchie entre toutes les normes²²¹. Un certain pragmatisme est dès lors requis pour la résolution des conflits normatifs, notamment dans la conciliation de normes de même valeur²²².

163. Se fondant sur la distinction validité/conformité déjà opérée par le professeur Kelsen²²³, le professeur PUIG en conteste les conclusions habituelles. Certaines normes peuvent certes exiger non seulement une règle de procédure, mais également une règle de fond, prescrivant ainsi un certain contenu. Appliquant cette logique aux rapports constitution/loi, le professeur Kelsen déduit que :

« par suite, une loi peut alors être inconstitutionnelle soit en raison d'une irrégularité de procédure dans sa confection soit en raison de la contrariété de son contenu aux principes ou directions formulés dans la Constitution, lorsqu'elle excède les limites qui y sont posées »²²⁴.

Toutefois, le professeur PUIG critique la confusion érigeant « la procédure de vérification en critère de qualification des conditions dont elle a [pourtant] pour objet d'assurer le respect »²²⁵.

164. Le professeur PUIG distingue alors la pyramide normative et le principe hiérarchique. D'une part, la première est chargée de poser la validité des normes du fait de leur adoption conforme aux règles de formation posées par la norme supérieure ; en résulte une analyse purement formelle. D'autre part, le second est chargé de solutionner matériellement les conflits normatifs. Ce principe est ainsi comparable à d'autres, tels

²²¹ Même le professeur MATHIEU qui avait milité pour la consécration de la dignité de la personne humaine comme « principe matriciel » reconnaît qu'il « n'est plus [...] le principe fondateur des droits fondamentaux ». Voir respectivement d'une part, « Pour la reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1985, chronique, pp. 211-212, confirmé par « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.*, 1996, chron., pp. 282-286, p. 285 et d'autre part, avec M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, 791 p., p. 510 et, plus généralement, à propos de l'inexistence d'une hiérarchie formelle entre les droits fondamentaux en France, pp. 472-474 et 498-501.

²²² Voir à ce sujet P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *op. cit.*, p. 782.

²²³ Pour un ex., voir H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, pp. 210-214.

²²⁴ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle) », *RDJ*, 1928, tome 45, pp. 197-257, p. 206.

²²⁵ P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *op. cit.*, p. 784.

que « le principe fondamental selon lequel, en cas de conflits de normes, la plus favorable aux salariés doit recevoir application » ou encore la règle de la rétroactivité de la loi pénale nouvelle plus douce²²⁶. D'autres pourraient y ajouter le principe de proportionnalité ou encore la doctrine du droit vivant²²⁷. Le principe hiérarchique a donc pour vocation « de garantir le respect de certaines règles jugées essentielles pour la société »²²⁸.

165. La relativité des liens normatifs qui en découle n'est en fait que la conséquence de la complexification des relations juridiques²²⁹. En effet, la mondialisation ou l'internationalisation trouve aussi une expression en droit : les situations de coexistence d'ordres juridiques distincts ne sont plus des cas d'école. En conséquence, la relativité n'est que la résultante du degré d'ouverture, ou d'externalisation²³⁰, des ordres juridiques.

La substitution d'un principe hiérarchique relatif à un système hiérarchique absolu trouve donc sa légitimité dans des évolutions qui, en outre, ne sont pas exclusives au domaine juridique. La désaffectation progressive pour la logique pyramidale au profit d'une organisation matricielle a déjà touché le monde des entreprises. Au-delà du fait que ces dernières sont les premières bénéficiaires historiques du droit communautaire, il est intéressant de souligner que les raisons d'un tel changement sont assez comparables aux désordres normatifs précédemment évoqués²³¹. Il est surtout constructif de noter que la relativité fut conçue comme une solution efficace. Revêtant désormais de plus en plus souvent une double ou triple casquette, les salariés sont intégrés à plusieurs organisations au sein d'une même entreprise. Ils doivent certes répondre à des ordres potentiellement divergents, voire contradictoires, mais cette dualité de responsabilités est conçue comme un moyen de maintenir un certain équilibre global, en contrepartie d'un nécessaire pragmatisme²³².

²²⁶ P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *op. cit.*, resp., p. 786 et p. 787.

²²⁷ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 484-496. À propos du droit vivant, voir spéc. C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Paris, Aix-Marseille, Economica, PUAM, coll. Droit public positif, 2003, 290 p.

²²⁸ P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *op. cit.*, pp. 784-785.

²²⁹ Voir d'ailleurs à ce sujet A.-J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, *op. cit.*, chap. II de la deuxième partie « Gérer la complexité », pp. 241-291 et spéc. pp. 241-244. Voir également H. LABAYLE, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *RTDE*, 2006, pp. 1-46, p. 4 tendant à dénoncer la logique binaire comme étant incapable de rendre compte du « pilier intergouvernemental dédié aux questions sécuritaires » où les compétences ne relèvent plus soit des États, soit de la construction communautaire.

²³⁰ Ce concept emprunté à l'économie désigne « l'action de confier l'exécution d'une tâche, de services à une entreprise extérieure » selon *Le petit Larousse illustré*, 2006.

²³¹ Certains auteurs s'intéressent à l'idée de « faire disparaître les niveaux hiérarchiques », comme J.B. QUINN, *L'entreprise intelligente. Savoir, services et technologie*, Dunod, Paris, 1994, 514 p., pp. 141-142. Voir également, à propos de la forme matricielle, M. KALIKA, « Article 15. Organigramme : organisation pratique de l'entreprise » in Y. SIMON et P. JOFFRE (dir.) *Encyclopédie de gestion*, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 1997, 3 vol., 3621 p., vol. 2, pp. 2156-2172, pp. 2158-2159.

²³² Par exemple, un contrôleur financier d'une usine est placé sous la direction du responsable de cette usine mais également du service central du contrôle financier de la société. Ce double contrôle permet d'éviter une centralisation excessive détachée des réalités du terrain, d'une part et des abus dans la présentation des résultats de l'usine, d'autre part.

166. L'articulation renouvelée des normes juridiques présente alors un intérêt essentiel dans la gestion du paradoxe de la concrétisation des normes communautaires. Dans ce contexte, s'extraire du système hiérarchique préserve en effet l'autonomie de l'ordre communautaire. Ainsi, adopter une vision matricielle permet de rendre compte de son intégrité. La difficulté repose désormais en l'introduction d'une relativité inhérente au principe hiérarchique, difficile à gérer pour les juristes habitués à un outil simple et absolu. Pour autant, cette relativité juridique, parce que découlant de l'observation, ne peut être qu'explicative du fait communautaire intégré dans les droits nationaux.

2. L'opportunité du principe hiérarchique

167. Conçu globalement comme « un simple mode de résolution des conflits de normes »²³³, le principe hiérarchique se rapproche en vérité grandement de la primauté telle qu'envisagée, par exemple, par le professeur GAUDIN. Dans le contexte de l'ouverture de l'espace normatif, l'auteur considère en effet que la primauté « ne peut être un principe de subordination, telle la hiérarchie des normes, mais plus simplement un principe d'aiguillage et d'opposabilité »²³⁴.

Ce rapprochement se révèle en outre fort utile à la compréhension des prises de position du Conseil constitutionnel français en 2004, jugées « plus habile[s] que convaincant[es] »²³⁵. D'abord le Conseil confère un fondement plus adapté au droit communautaire en substituant l'article 88-1 de la Constitution à l'article 55 du même texte²³⁶ ; il témoigne ainsi de la spécificité du droit communautaire vis-à-vis du droit constitutionnel français²³⁷ et, pour certains²³⁸, de la primauté du droit communautaire qui ne présente en outre pas de problème de constitutionnalité²³⁹. Ensuite, il tire les conséquences de cet article 88-1 et dégage l'« exigence constitutionnelle » de transposer les directives. Enfin, il décline sa compétence pour « contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités, que des droits

²³³ P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *op. cit.*, p. 749.

²³⁴ H. GAUDIN, « Primauté "absolue" ou primauté "relative" ? » in H. GAUDIN (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire : vers un respect constitutionnel réciproque ?*, colloque de La Rochelle des 6 et 7 mai 1999, Paris, Aix-Marseille, Economica, PUAM, 2001, 393 p., pp. 97-120, p. 105.

²³⁵ B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et la primauté du droit communautaire », *RFDA*, 2005, pp. 239-241, p. 239.

²³⁶ Déc. n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *Rec.*, p. 101, cons. n° 7 ; n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, *Rec.*, p. 107, cons. n° 18 ; et n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *Rec.*, p. 173, *GD* n° 51 (13^{ème} éd.), cons. n° 4 et 5.

²³⁷ À ce sujet, voir par ex. X. MAGNON, « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire », *Europe*, 2004, n° 8/9, pp. 6-12, not. § 5, p. 7 ; ou encore D. SIMON, « Le juge constitutionnel français et le droit communautaire et européen : une "nouvelle approche" ? », *Europe*, 2006, n° 6, p. 1.

²³⁸ Voir par ex. B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et la primauté du droit communautaire », *op. cit.*, p. 239 ; ou encore G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 298.

²³⁹ Spéc. à propos de l'article I-6 du traité, voir déc. n° 2004-505 DC, *op. cit.*, cons. n° 9 à 13.

fondamentaux garantis par l'article 6 » TUE. Néanmoins, il conditionne ces deux derniers éléments à l'absence « d'une disposition expresse contraire de la Constitution »²⁴⁰. Cette réserve semble alors contredire le principe de primauté du droit communautaire que l'on a cru proclamé. En réalité, comme le souligne très clairement Éva BRUCE, le Conseil ne veut consacrer aucun principe nouveau de primauté du droit communautaire²⁴¹. Certes, l'article 88-1 permet de recevoir le droit communautaire notamment caractérisé par sa primauté, mais il ne « pose » pas « ledit principe de primauté »²⁴². Au contraire, « le Conseil constitutionnel n'a pas fait développer à l'article 88-1 une logique explicitement hiérarchique »²⁴³ certainement de manière à prévenir toute révision de la Constitution.

Nous pensons toutefois que l'absence de reconnaissance de la primauté systématisée ne doit pas se traduire par la négation de la primauté assimilée au principe hiérarchique. En particulier, le refus de systématisation ne pourrait-il pas conduire à considérer que le juge constitutionnel s'estime différemment compétent selon le contexte nouvellement particularisé²⁴⁴ du droit communautaire ? En outre, l'absence de référence à l'article 55 de la Constitution dans le raisonnement du juge ne traduirait-elle pas plutôt la volonté du Conseil constitutionnel de s'extraire du carcan pyramidal, au moins pour ce qui concerne les relations des droits communautaire et français ? La doctrine commence d'ailleurs à en douter. Notamment, alors que le professeur CASSIA s'interroge sur la possibilité d'envisager les rapports entre droit communautaire et droits constitutionnels nationaux selon « une approche autre que hiérarchique », il estime que « seule une approche en terme "d'opérance" ou de compétence juridictionnelle pourrait permettre d'éviter le recours à la hiérarchie des normes »²⁴⁵. Or, c'est justement la démarche adoptée par le Conseil constitutionnel²⁴⁶, en outre suivi par le Conseil d'État français²⁴⁷.

²⁴⁰ Déc. n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *op. cit.*, cons. n° 7 ; et n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, *op. cit.*, cons. n° 18. Les positions plus récentes du Conseil ne contredisent pas cette jurisprudence, même si elles en modifient les termes. En effet, le juge considère toujours « que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti » : Déc. n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *Rec.* p. 88, cons. 19.

²⁴¹ É. BRUCE, « La primauté du droit communautaire – Retour sur l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel », *LPA*, 27 septembre 2005, n° 192, pp. 3-10, pp. 4-6.

²⁴² *Ibid.*, p. 5.

²⁴³ *Id.*

²⁴⁴ Avec le considérant n° 7 de la décision n° 2005-524/525 DC du 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, *Rec.*, p. 142, la situation semble dorénavant claire : si le Conseil constitutionnel avait préalablement caractérisé positivement les spécificités du droit communautaire (voir *supra*, note n° 236), il considère ici que l'engagement international qui ne peut être dénoncé porte « atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Or, les traités communautaires entrés en vigueur et contrôlés par le Conseil n'ont jamais comporté de disposition permettant leur dénonciation. Le juge souligne donc implicitement l'originalité du droit communautaire pour le droit constitutionnel français.

²⁴⁵ P. CASSIA, « Le juge administratif, la primauté du droit de l'Union européenne et la Constitution française », *RFDA*, 2005, pp. 465-472, p. 472.

²⁴⁶ Voir en ce sens M. GAUTIER et F. MELLERAY, « Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire », *AJDA*, 2004, pp. 1537-1541, spéc. p. 1538.

Ces réflexions témoignent en somme que l'introduction du principe hiérarchique dans l'étude des relations qu'entretient le droit communautaire avec les droits nationaux n'apparaît pas inopportune.

168. Au contraire, le principe hiérarchique s'avère explicatif du pragmatisme généralement constaté en la matière²⁴⁸ : la recherche de l'équilibre global entre les ordres juridiques communautaire et nationaux commande un certain empirisme. Pour le premier, il s'agit de faire face à la « nécessité de fait socio-politique et économique, qui est l'obligation d'assurer une application uniforme du droit communautaire »²⁴⁹ ; pour les seconds, il est question de ne pas entraver une construction qu'ils ont eux-mêmes initiée. La relativité de ces considérations se reflète alors dans la contingence du principe hiérarchique.

169. Cette contingence s'exprime en effet au travers de la dualité des normes nationales suivant qu'elles sont, ou ne sont pas, d'application du droit communautaire. Autrement dit, le degré d'externalisation des normes juridiques en cause permet de justifier le double traitement d'une norme valide et applicable dans le contexte national, mais non-conforme et inopposable lorsque des considérations extérieures s'imposent.

La situation transitoire des normes comptables peut d'ailleurs en constituer un témoignage fort illustratif²⁵⁰ : en 2005, les entreprises françaises non cotées en bourse étaient tenues par les obligations comptables du PGC (plan comptable général). Toutefois, ces normes étant spécifiquement françaises, si l'entreprise souhaitait s'ouvrir à l'international, elle devait présenter une comptabilité répondant à d'autres normes : US GAAP pour intégrer la bourse américaine, ou IAS/IFRS en Europe. Certes, cette situation n'était que transitoire puisque les normes IAS/IFRS se sont substituées aux normes PGC depuis le 1^{er} janvier 2006, d'ailleurs sous l'influence de la Communauté européenne. Toutefois, il est fort intéressant de noter qu'une même réalité économique donnait lieu à deux présentations comptables à ce point différentes qu'une société pouvait être bénéficiaire ou déficitaire selon les normes de présentation choisies. Le contexte devenait ainsi déterminant.

Dans une logique comparable, bien que le domaine soit fort différent, une norme nationale devient valide ou non-valide selon son contexte, ou suivant le/les domaine(s) dans lequel/lesquels elle est amené à jouer un rôle. Il est dès lors tout à fait possible de

²⁴⁷ À propos de CE, 5 janvier 2005, *M^{elle} Deprez et M. Baillard*, req. n° 257341 et 257534, *Rec.*, p. 1, se référer à B. BONNET, « Le Conseil d'État, la Constitution et la norme internationale », *RFDA*, 2005, pp. 56-66, spéc. pp. 56, 62 et 64 à 66.

²⁴⁸ Voir, par ex., M. FROMONT, « Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne », *op. cit.*, p. 206 à propos de remèdes consensuels ; ou encore T. PAPADIMITRIOU, « Constitution européenne et constitutions nationales : l'habile convergence des juges constitutionnels français et espagnol – À propos des décisions n° 2004-505 DC du Conseil constitutionnel français et 1/2004 DTC du Tribunal constitutionnel espagnol » in « Constitution et Europe », études réunies et présentées par A. LEVADE, CCC, 2005, n°15, pp. 133-180, pp. 162-168, spéc. p. 164 à propos d'une « lecture contextuelle », et p. 166 à propos d'une analyse notamment « pragmatique ».

²⁴⁹ J. DARRAS et O. PIROTTE, « La Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande a-t-elle mis en danger la primauté du droit communautaire ? (Bundesverfassungsgericht, 2e Ch. 29 mai 1974) », *op. cit.*, p. 432.

²⁵⁰ R. OBERT, *Pratique des normes IAS/IFRS – Comparaison avec les règles françaises et les US GAAP*, Paris, Dunod, 2003, 532 p.

concevoir qu'une même norme nationale soit en même temps appliquée en tant que norme nationale valide, mais écartée par rapport au droit communautaire. Cette situation signifie ainsi toute la relativité qu'emporte le principe hiérarchique.

170. Cette contingence ne peut toutefois être opérationnelle qu'à une certaine condition : celui qui a pour fonction de gérer la relativité doit avoir la capacité de le faire. Il doit en effet disposer d'une liberté suffisante pour pouvoir décider s'il est soumis à la norme « première » de l'ordre juridique national, ou à celle de l'Union et de la Communauté européennes de droit. Il doit également pouvoir réviser ses positions au regard des évolutions contextuelles. Autrement dit, il doit pouvoir « équilibrer et peser » pour faire face à l'absence de théorie globale²⁵¹. Du fait de la multiplicité des acteurs juridiques, se pose alors une question pratique essentielle, tenant à l'uniformisation des prises de position. Le citoyen doit en effet pouvoir bénéficier d'une application du droit identique sur tout le territoire de référence en vertu du principe d'égalité.

171. L'action régulatrice du juge trouve ainsi une fonction essentielle à l'efficacité du principe hiérarchique²⁵². Cette fonction ne peut toutefois pleinement jouer qu'à condition de reconnaître également au juge la capacité de gérer la relativité. Cette nécessaire « liberté de choix »²⁵³ du juge implique en fait de lui attribuer un certain pouvoir créateur de droit. La conception du rôle de la jurisprudence devrait ainsi et, au moins pour ce qui concerne la France, évoluer. Une telle proposition n'est toutefois pas inepte puisqu'elle n'est pas sans rappeler les positions des membres du groupe de travail présidé par le professeur MOLFESSIS, chargé de remettre un rapport sur les revirements de jurisprudence au Premier président de la Cour de cassation française, tendant à reconnaître le « rôle créateur de la jurisprudence »²⁵⁴. La mise en place du principe

²⁵¹ À ce sujet, se référer not. à A. BARAK, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *RFDC*, 2006, pp. 227-302, pp. 271-274.

²⁵² Pour une approche similaire quant au rôle du juge pour organiser les relations entre les « espaces normatifs différents, voir V. CONSTANTINESCO, « Les rapports entre les traités et la constitution : du droit interne au droit communautaire » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. I, pp. 463-481, pp. 480-481.

²⁵³ P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *op. cit.*, p. 790.

²⁵⁴ N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence – Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet (le 30 novembre 2004)*, Paris, Litec, 2005, 193 p., spéc. pp. 10-13. Les potentialités de cette proposition ont été particulièrement soulignées par J.-Y. CHÉROT, « Rapport introductif », Intervention orale lors de la Table ronde *Quels renouvellements pour la recherche en droit ? Les apports de la théorie du droit à la doctrine*, organisée par le Laboratoire de théorie du droit, le 7 avril 2005, à Aix-en-Provence.

Il est de toute façon surprenant que la doctrine éprouve autant de difficultés à reconnaître le rôle créateur de droit de la jurisprudence, pourtant bien réel et objectivement constatable au moins depuis le début du XX^{ème} siècle, comme le rappelle J.-L. HALPÉRIN : « La souveraineté de la Cour de cassation » in O. CAYLA et M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, 239 p., pp. 151-163. À ce sujet, voir également D. de BÉCHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.*, 2002, chron., pp. 973-978, spéc. pp. 975-976.

La question fait toutefois son chemin puisque les revirements de jurisprudence ont fait l'objet d'une étude au sein des *Cahiers du Conseil constitutionnel* français. Le professeur DI MANNO y reconnaît d'ailleurs que les juges constitutionnels des systèmes juridiques romano-germaniques disposent d'une « totale maîtrise de leur jurisprudence ». Se référer à T. DI MANNO, « Les revirements de jurisprudence du juge

hiérarchique n'emporterait alors aucun bouleversement juridique qui ne soit pas déjà initié à un niveau plus général.

172. En définitive, utiliser le principe hiérarchique ne constitue pas une aporie. Au contraire, il permet d'expliquer les particularités du droit communautaire tout en solutionnant l'amplification du paradoxe de la concrétisation des normes communautaires : les souverainetés nationales et l'autonomie du droit communautaire sont en elles-mêmes préservées ; cependant, leurs relations obéissent à un empirisme que le droit ne peut ignorer puisqu'il détermine les solutions apportées aux potentiels conflits normatifs.

173. Conclusion du chapitre premier. Les ordres communautaire et nationaux sont autonomes : chacun dispose d'un fondement juridique unique, générant une organisation particulière de leurs propres normes. Comprendre la construction communautaire en tant que telle nécessitait donc d'identifier la norme « première » communautaire et les rapports de validité qu'elle engendre entre les normes qui lui sont inférieures. Il s'agissait d'éviter le piège de la comparaison rapide avec les réalités étatiques déjà connues alors que l'Union et la Communauté européennes ne constituent pas un État. Une étude approfondie de la *communautarité* devait toutefois révéler que l'ordre juridique communautaire n'échappe pas au paradoxe de la concrétisation. Si une approche renouvelée des rapports entre les normes communautaires et nationales *via* le principe hiérarchique permet d'en résoudre les amplifications, il s'avère que le degré normal du paradoxe demeure.

La solution juridique consiste alors, comme pour tout autre ordre, à développer des normes correctives, c'est-à-dire des normes chargées de « priver de validité ou de modifier d'autres normes valides, mais non conformes »²⁵⁵. En d'autres termes, le contournement des conséquences fâcheuses du paradoxe de la concrétisation (existence de normes valides, mais non conformes aux normes supérieures) passe par le contrôle *a posteriori* des normes valides. La sanction juridictionnelle se présente dès lors comme la protection la plus efficace.

La réflexion s'oriente ainsi logiquement vers la question de la garantie de la hiérarchie des normes communautaires : envisager une hiérarchie implique de toute façon de s'interroger sur son efficacité et par là sa protection. Il n'est donc pas anodin que le deuxième caractère de la structure « de droit » consiste en « l'existence d'un contrôle juridictionnel permettant de garantir [le] respect »²⁵⁶ par les autorités publiques de leur soumission à des normes supérieures.

constitutionnel » in « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel », études réunies et présentées par T. DI MANNO, CCC, 2006, n° 20, pp. 101-149, pp. 101-103, p. 102.

²⁵⁵ O. PFERSMANN, « La notion moderne de constitution » in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, op. cit., pp. 51-92, § 94.

²⁵⁶ C. CHARRIER, « La Communauté de droit, une étape sous-estimée de la construction européenne », *RMCUE*, 1996, pp. 521-533, p. 527.

CHAPITRE DEUXIEME

LA GARANTIE DES NORMES COMMUNAUTAIRES : UN CARACTÈRE CRITIQUÉ

174. « [P]arce qu'il n'y a pas de droit sans une sanction matérielle »²⁵⁷, toute hiérarchie des normes nécessite une garantie. L'État de droit revêt donc l'exigence de la protection des normes de sa hiérarchie. Certes, cette protection induit logiquement et prioritairement une « sanction *judiciaire* »²⁵⁸. Toutefois, la garantie de l'État de droit implique également en amont l'organisation de dispositifs pré-juridictionnels, tendant à développer ce que le doyen DUGUIT appelle « une sanction préventive »²⁵⁹. Au titre de ces nécessaires « puissantes garanties politiques et éthiques »²⁶⁰, la séparation des pouvoirs constitue un élément fondamental, d'ailleurs explicitement mentionné par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dont l'article 16 synthétise les deux aspects – politique et juridique – de l'efficacité de l'État de droit²⁶¹.

175. La transposition du concept « État de droit » dans le contexte communautaire induirait alors que la Communauté et l'Union de droit sont fondées sur un double contrôle politique et juridique. Pour autant, si l'existence de mécanismes politiques est essentielle dans la prévention contre l'arbitraire des gouvernants en général, la structure institutionnelle communautaire ne répond pas à la logique classique de la séparation des pouvoirs²⁶². Cette originalité s'explique simplement dans la non-identification de la Communauté ou de l'Union européennes en un véritable État²⁶³.

De toute façon, de tels mécanismes politiques – en outre apparus parfois récemment, et dont l'efficacité semble encore limitée²⁶⁴ – ne peuvent expliquer la réalité découverte par le juge communautaire : la Communauté puis l'Union européennes de droit n'ont été expliquées qu'en ce qui concerne l'aspect de la garantie juridictionnelle, le

²⁵⁷ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. 3. La théorie générale de l'État (suite et fin)*, Paris, éd. E. de Boccard, 3^{ème} éd., 1930, 856 p., § 88, *L'État de droit*, p. 592.

²⁵⁸ L. GOFFIN, « Introduction aux Actes de la Journée d'études organisée par les Cahiers de droit européen : L'accès à la Justice dans l'Union européenne », *CDE*, 1995, pp. 529-534, p. 532.

²⁵⁹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. 3., op. cit.*, p. 592.

²⁶⁰ G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgegeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburg, Mohr (Siebeck), 1887, p. 398, cité par O. JOUANJAN, « Une Cour constitutionnelle pour l'Autriche ? Sur un projet de Georg Jellinek en 1885 » in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges offerts à Michel Fromont*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, 473 p., pp. 285-311, p. 310.

²⁶¹ L'article 16 dispose en effet : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

²⁶² D. SIMON, *Le système juridique communautaire, op. cit.*, § 119, p. 176.

²⁶³ Voir *supra*, § 20.

²⁶⁴ À propos du mécanisme de l'article 7 TUE, voir H. SCHMITT von SYDOW, « Liberté, démocratie, droits fondamentaux et État de droit : analyse de l'article 7 du traité UE », *op. cit.*, p. 315 : « Au stade actuel de l'intégration européenne, les "plaintes" qui ne se réfèrent pas aux politiques communautaires, ont peu de chances d'aboutir ».

juge ne pouvant s'intéresser qu'au seul domaine dont il procède. La compréhension de ce contexte global aux droits fondamentaux communautaires, eux-mêmes apparus du fait du juge²⁶⁵, n'implique ainsi qu'indirectement la question politique ; en tout cas, elle s'éloigne trop de notre objectif²⁶⁶ et mérite à ce titre d'être écartée.

176. La garantie juridictionnelle au sein de la structure « de droit » consiste en fait en un contrôle du juge de la validité des normes ainsi que, selon les ordres juridiques, de leur conformité, au regard des règles de forme et donc éventuellement de fond posées par la norme qui leur est supérieure, dans le cadre de la hiérarchie préalablement identifiée²⁶⁷. La sanction juridictionnelle de la hiérarchie des normes suppose alors l'intervention d'un juge compétent au sein d'une architecture de recours contentieux conçus pour être efficaces. Notamment, il doit être possible de réprimer aussi bien « l'édiction d'un acte entaché d'illégalité [que] l'abstention illégale d'exercer une compétence »²⁶⁸ et, surtout, les personnes susceptibles d'être lésées par ces illégalités doivent pouvoir s'adresser à un juge pour initier leur sanction.

177. Les traités communautaires organisent à ce titre un système contentieux relativement précis, et régulièrement approfondi à mesure des modifications des engagements communautaires²⁶⁹. Tout d'abord, une institution est spécifiquement chargée d'assurer « le respect du droit » communautaire selon l'article 164 devenu 220 TCE : la juridiction communautaire ou la Cour de justice, regroupant la CJCE, le TPICE et les chambres juridictionnelles spécialisées²⁷⁰. Ensuite, plusieurs recours sont organisés de manière à sanctionner l'action illégale – recours en annulation de l'article 173 devenu 230 TCE –, l'absence illégale d'action – recours en carence de l'article 175 devenu 232 TCE en ce qui concerne les institutions, et recours en manquement de l'article 169 devenu 226 TCE en ce qui concerne les États membres – ou encore à mettre en jeu la responsabilité de la Communauté – article 178 devenu 235 TCE –. De tels recours seraient toutefois inutiles et superflus si leur mise en œuvre se révélait trop laborieuse. En effet, les sujets du droit communautaire, en tant que potentielles victimes des illégalités normatives communautaires, doivent pouvoir demander au juge d'agir. Autrement dit, ils doivent disposer d'un droit au recours ou droit au juge²⁷¹.

²⁶⁵ Voir *supra*, §§ 38-40.

²⁶⁶ Voir *supra*, §§ 41 et s., à propos du caractère juridictionnel du système étudié.

²⁶⁷ Voir à ce sujet, H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *op. cit.*, spéc. sur le « problème juridique de la régularité », §§ 1 à 3, pp. 198-204.

²⁶⁸ A. BARAV, « Considérations sur la spécificité du recours en carence en droit communautaire », *RTDE*, 1975, pp. 53-71, p. 53.

²⁶⁹ À propos de l'instauration d'un double degré de juridiction, voir K. LENAERTS, « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes : regard sur une décennie d'activités et sur l'apport du double degré d'instance au droit communautaire », *CDE*, 2000, pp. 323-409. À propos de la création de chambres juridictionnelles spécialisées, voir D. RUIZ-JARABO, « La réforme de la Cour de justice opérée par le traité de Nice et sa mise en œuvre future », *RTDE*, 2001, pp. 705-725 ; ou encore O. TAMBOU, « Le système juridictionnel communautaire revu et corrigé par le traité de Nice », *RMCUE*, 2001, pp. 164-170.

²⁷⁰ À propos de l'idée de « segmentation de la juridiction communautaire », voir D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 390, pp. 494-495.

²⁷¹ À l'instar du doyen FAVOREU, nous ne ferons pas de distinction entre les différentes appellations du droit en question. Se référer à L. FAVOREU, « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge »

178. Si le fruit de la construction communautaire demeure une organisation internationale, ses propres institutions et ses États membres, premiers sujets du droit international public, jouissent logiquement d'une large capacité d'agir : leur possibilité inconditionnée d'ester en justice leur confère d'ailleurs souvent le qualificatif de « requérants privilégiés »²⁷².

179. En revanche, les personnes physiques ou morales ne sont *a priori* pas concernées par les relations internationales ; leurs droits et devoirs y afférant sont donc fort limités, voire inexistants. La construction communautaire développant un ordre juridique original, ces personnes y sont toutefois impliquées et bénéficient en retour d'un accès au prétoire communautaire. Au regard d'une implication encore largement conditionnée par l'État dont elles procèdent²⁷³, ces personnes physiques ou morales ne jouissent que d'un accès limité à la CJCE et au TPICE. Notamment, dans le cadre du recours en annulation, elles doivent attester d'une qualité pour agir spécifique : à moins d'être le destinataire de la décision en cause, la personne physique ou morale doit être « directement et individuellement » concernée par l'acte attaqué en vertu de l'alinéa 2 devenu 4 de l'article 173 devenu 230 TCE. Ces critères interprétés strictement sont communément admis comme problématiques : tour à tour « nœud gordien »²⁷⁴ ou « véritable verrou »²⁷⁵, ils sont généralement considérés comme d'autant plus

in Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline, Paris, Dalloz, 2002, 797 p., pp. 513-521, p. 521.

²⁷² Certains auteurs contestent toutefois la distinction requérants privilégiés/particuliers. Notamment, le doyen BOULOUIS se « refuse à utiliser ces expressions, d'abord parce que ces soi-disant particuliers ne le sont pas toujours, telles par exemple les personnes morales de droit public ; ensuite et surtout parce que cette présentation dissimule la véritable justification de la distinction ». Voir « L'évolution de la fonction juridictionnelle dans les Communautés » *in Droit communautaire et droit français – Recueil d'études*, *op. cit.*, pp. 131-138, p. 133. Voir également *infra*, § 552.

Cette critique semble avoir été suivie d'effets puisque plusieurs auteurs préfèrent la distinction requérants institutionnels/ordinaires, comme le professeur MEHDI (*in* « L'ordre juridique communautaire : structures et principes » *in* L. DUBOIS (dir.), *Les notices de l'Union européenne*, Paris, La documentation française, 2004, 224 p., notice n° 3, pp. 31-44, p. 42), ou encore la distinction requérants institutionnels/individuels comme le professeur SIMON (*in* *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, pp. 522 et 527).

Pour notre part, si nous adhérons à la critique concernant la notion de « requérants privilégiés », nous considérons que le terme « particulier » ne peut être complètement écarté, ne serait-ce que parce que la juridiction communautaire utilise ce terme : voir, parmi de nombreux ex., CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil soutenu par Commission*, aff. C-50/00 P, *Rec.* p. I-6677, pts 39 et 43.

²⁷³ Les exemples pourraient être nombreux ; l'ambiguïté de l'existence d'une citoyenneté communautaire limitée à certains domaines, en outre dépendante de l'attribution de la citoyenneté d'un État membre, en constitue peut-être l'exemple le plus significatif. À propos des articles devenus 17 à 22 TCE, voir chronologiquement R. KOVAR et D. SIMON, « La citoyenneté européenne », *CDE*, 1993, pp. 285-315 ; J. VERGES, « Droits fondamentaux et droits de Citoyenneté dans l'Union européenne », *RAE*, 1994, n° 4, pp. 75-97 ; M. BONNECHÈRE, « Citoyenneté européenne et Europe sociale », *Europe*, 2002, n° 7, pp. 6-10 ; ou encore C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, §§ 153 et s., pp. 94 et s.

²⁷⁴ R. MEHDI, « L'ordre juridique communautaire : structures et principes » *in* L. DUBOIS (dir.), *Les notices de l'Union européenne*, *op. cit.*, notice n° 3, pp. 31-44, p. 42.

²⁷⁵ G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 395.

« défavorable[s] aux requérants individuels »²⁷⁶ que le juge communautaire a par ailleurs proclamé le droit au recours effectif de toute personne²⁷⁷.

180. Cependant, une telle appréciation souffre de la comparaison abusive du droit communautaire avec les droits nationaux²⁷⁸. En effet, puisque la construction communautaire n'a pas engendré d'État, il semble rigoureusement illogique d'utiliser des références étatiques pour apprécier des mécanismes non-étatiques : comme nous l'avons déjà posé²⁷⁹, le droit communautaire doit être envisagé en lui-même. La garantie des normes communautaires ne doit alors être comprise que par rapport à la hiérarchie dont elle résulte. Or, cette hiérarchie relevant d'une logique matricielle²⁸⁰ fondée sur un principe hiérarchique postulant la relativité²⁸¹, la garantie en découlant ne peut que s'imprégner de cette originalité toute communautaire.

181. Les réflexions tendant à montrer les insuffisances de la garantie des normes initiée par les personnes physiques ou morales doivent en somme être reconsidérées. Au sein d'un ordre juridique où ces personnes ne sont que des sujets médiatisés, il semble erroné de les opposer à des requérants « privilégiés ». L'utilisation de cet adjectif impliquerait que certains requérants soient traités favorablement au détriment des autres et que, à l'inverse, tous les requérants devraient être situés au même niveau et traités de la même manière – comme dans un État – ; le constat d'une différence de traitement aux dépens des personnes physiques et morales induit alors souvent la critique déplacée, parce que « statocentrées », du système de garantie des normes communautaires.

182. Les différences indéniables d'accès au prétoire communautaire entre les requérants institutionnels et les autres ne doivent ainsi pas être opposées. Leur imbrication, voulue par les traités, est au contraire susceptible de révéler l'impact de l'originalité communautaire sur la garantie de leurs normes : l'idée d'un « système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions »²⁸² ne dit pas autre chose. Aussi, la prise de conscience du caractère trompeur de la stagnation de la garantie vis-à-vis des requérants ordinaires (première section) permettra d'y articuler les progrès révélateurs de la garantie vis-à-vis des requérants institutionnels notamment étatiques (seconde section).

²⁷⁶ J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, « La Convention sur la Charte des droits fondamentaux et le processus de construction européenne », *RMCE*, 2000, pp. 223-227, p. 224.

²⁷⁷ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, *Rec.*, p. 1651, pt 19.

²⁷⁸ Voir not. J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, « La Convention sur la Charte des droits fondamentaux et le processus de construction européenne », *op. cit.*, p. 224, qui apprécie les conditions de recevabilité du recours en annulation du droit communautaire à l'aune de la situation « dans nombre d'États membres où le recours en appréciation de validité des actes normatifs généraux est ouvert plus largement ».

²⁷⁹ Voir *supra*, § 24.

²⁸⁰ Voir *supra*, § 159.

²⁸¹ Voir *supra*, §§ 168 et s.

²⁸² CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement*, aff. 294/83, *Rec.* p. 1339, pt 23 ; 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil soutenu par Commission*, aff. C-50/00 P, *Rec.* p. I-6677, pt 40.

Première section. Les progrès de la garantie vis-à-vis des requérants ordinaires

183. La garantie des normes communautaires est souvent accusée d'insuffisance en ce qu'elle restreint excessivement l'accès du prétoire communautaire aux personnes physiques et morales²⁸³. Il est vrai que la recevabilité des recours intentés par ces requérants ordinaires reste circonscrite (§2). Pour autant, ce caractère mesuré ne résulte pas d'un handicap quelconque, mais s'inscrit dans la logique de la proclamation du droit au recours au sein d'un ordre juridique original (§1).

§1. La proclamation d'un droit au recours communautarisé

184. Le doyen TORRELLI expliquait déjà que :

« [s]i la Communauté est "un État de droit", selon l'expression du président W. Hallstein, les particuliers doivent voir leur comportement régi par les mêmes règles, leurs litiges tranchés par un juge dont les décisions seront dictées par les impératifs communautaires et non par des particularismes nationaux. Or, la protection juridictionnelle accordée aux particuliers par le traité de Rome, si elle marque un progrès décisif du droit international institutionnel, n'est cependant pas satisfaisante dans une perspective d'intégration »²⁸⁴.

Si depuis, le droit au recours effectif a été consacré en tant que PGDC²⁸⁵, il s'avère que les lacunes dénoncées par le doyen TORRELLI perdurent : le droit au recours des personnes physiques ou morales demeure encadré par une appréciation souvent jugée restrictive de leur qualité à agir dans le domaine communautaire. Un droit au recours absolu est de toute façon inconcevable, ne serait-ce que par la nécessaire conciliation avec « l'impératif plus général de sécurité juridique »²⁸⁶. Ensuite, le droit au recours ne peut se comprendre que dans son rapprochement avec son contexte juridique. Le doyen TORRELLI soulignait d'ailleurs l'importance de la prise en compte des « impératifs communautaires » pour émanciper ce droit au juge de son pendant national ; or, il n'en tirait pas ici les conséquences pour éventuellement envisager que ces impératifs pouvaient également justifier une pondération du droit au recours devant le juge communautaire.

²⁸³ Par ex., voir J. RIDEAU, « Le développement de la protection juridictionnelle des droits de l'homme dans l'Union européenne : symboles et effectivité » in R. MEHDI (dir.), *L'avenir de la justice communautaire : enjeux et perspectives*, Paris, La Documentation française, 1999, 142 p., pp. 83-115, p. 101.

²⁸⁴ M. TORRELLI, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande et le droit communautaire », *RMC*, 1968, pp. 719-723, p. 723.

²⁸⁵ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, *Rec.*, p. 1651, pt 19. Voir *supra*, § 179.

²⁸⁶ R. MEHDI, « Les moyens d'ordre public dans la procédure contentieuse communautaire » in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 105-119, p. 112.

185. À partir du moment où l'originalité d'un ordre juridique a été mise en lumière²⁸⁷, il semble difficile de concevoir que les éléments qui en procèdent soient totalement exempts de singularité. Au contraire, la lecture des proclamations successives du droit au recours en droit communautaire révèle l'importance de leur contextualisation, pour une compréhension juste aussi bien de la reconnaissance (A) que de la portée (B) du droit au recours dans l'ordre juridique communautaire.

A. La reconnaissance contextuelle du droit au recours

186. La reconnaissance du droit au recours par le juge communautaire est communément admise comme remontant à l'affaire *Marguerite Johnston*²⁸⁸ de 1986²⁸⁹. La conjoncture était favorable, l'arrêt *Les Verts*²⁹⁰ venait à peine d'être rendu : en moins d'un mois, la CJCE identifiait l'existence de la « Communauté de droit », légitimant alors l'érection du droit au recours au rang des PGDC. Pourtant, ce qui pouvait apparaître comme un bouleversement du système de garantie des normes communautaires ne devait prendre qu'une ampleur circonscrite, limitée aux obligations « des autorités nationales agissant dans le champ du droit communautaire »²⁹¹. En effet, l'affirmation du droit au recours était, dans un premier temps, systématiquement contextualisée par le juge (1). Par ailleurs, la contextualisation, au sens large, permet également de comprendre la généralisation du droit au recours à toutes les procédures nationales et communautaires dans un second temps (2).

1. Le droit au recours limité aux procédures nationales

187. Dans l'arrêt *Johnston*, la CJCE ne reconnaît pas un droit au recours effectif en général, mais un « droit à un recours effectif devant une juridiction compétente contre les actes dont [la personne] estime qu'ils portent atteinte à l'égalité de traitement entre hommes et femmes prévu par la directive 76/207 » et ajoute qu'« Il appartient aux États membres d'assurer un contrôle juridictionnel effectif sur le respect des dispositions applicables du droit communautaire et de la législation nationale destinée à mettre en œuvre les droits prévus par la directive ». Ainsi la reconnaissance du droit au recours effectif est-elle doublement limitée, non seulement matériellement en ce qu'elle concerne spécifiquement l'égalité de traitement mais aussi organiquement en ce que sont uniquement visées les autorités nationales : d'abord indirectement du fait des

²⁸⁷ Voir *supra*, §§ 159, 167 et s.

²⁸⁸ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, *Rec. p.*, 1651, pt 19.

²⁸⁹ Voir par ex., L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, § 655 ; ou encore D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 332, pp. 418-420.

²⁹⁰ CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement*, aff. 294/83, *Rec. p.* 1339, pt 23.

²⁹¹ J. RIDEAU, *Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme*, *Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 265, Dodrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, 478 p., p. 140.

implications d'une directive – mise en œuvre logiquement au niveau national –, puis explicitement dans la phrase suivante.

188. Il est certes vrai que la CJCE parvient à cette conclusion suite à l'interprétation de la directive « à la lumière du principe général indiqué » préalablement. Pour autant, l'identification de ce principe n'est pas si évidente, la compréhension du point précédent nécessitant elle-même la lecture du point encore précédent²⁹².

Si le point 18 énonce que « [l]e contrôle juridictionnel imposé par cet article est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres », sa lecture implique de se reporter au point 17 pour comprendre ce qu'est le « contrôle juridictionnel imposé par cet article ». Il s'agit en fait de l'article 6 de la directive 76/207, qui « impose aux États membres d'introduire dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par une discrimination 'de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle' ». En d'autres termes, ce principe général concerne les obligations liant les États membres dans la mise en œuvre du droit communautaire. En revanche, le silence concernant les institutions communautaires indique que ces dernières ne sont pas visées par un tel principe. Ainsi, le principe général reconnu dans l'affaire *Johnston* revient à reconnaître effectivement un droit au recours effectif au bénéfice des personnes physiques et morales, mais uniquement devant les juridictions nationales et pour ce qui concerne l'application du droit communautaire.

189. La jurisprudence ultérieure – en outre d'une expression fort heureusement beaucoup plus claire – confirme d'ailleurs une telle interprétation. Dans son arrêt *UNECTEF c/ Heylens*, la CJCE contextualise de nouveau la reconnaissance du droit au recours, en visant spécifiquement l'application nationale du droit communautaire :

²⁹² Afin de laisser l'opportunité au lecteur d'apprécier la complexité de la rédaction, voici le texte des pts 17 à 19 de l'arrêt de la CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, *Rec.*, p. 1651 :

« 17 À cet égard, il convient de rappeler d'abord que l'article 6 de la directive impose aux États membres l'obligation d'introduire dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par une discrimination 'de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle'. Il découle de cette disposition que les États membres sont tenus de prendre des mesures qui soient suffisamment efficaces pour atteindre l'objet de la directive et de faire en sorte que les droits ainsi conférés puissent être effectivement invoqués devant les nationaux par les personnes concernées.

18 Le contrôle juridictionnel imposé par cet article est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Ce principe a également été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950. Comme il a été reconnu par la Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission, en date du 5 avril 1977 (JO C 103, p. 1), et par la jurisprudence de la Cour, il convient de tenir compte des principes dont s'inspire cette convention dans le cadre du droit communautaire.

19 En vertu de l'article 6 de la directive, interprété à la lumière du principe général indiqué, toute personne a droit à un recours effectif devant une juridiction compétente contre les actes dont elle estime qu'ils portent atteinte à l'égalité de traitement entre hommes et femmes prévu par la directive 76/207. Il appartient aux États membres d'assurer un contrôle juridictionnel effectif sur le respect des dispositions applicables du droit communautaire et de la législation nationale destinée à mettre en œuvre les droits prévus par la directive ».

« Le libre accès à l'emploi constituant un droit fondamental conféré par le traité individuellement à tout travailleur de la Communauté, l'existence d'une voie de recours de nature juridictionnelle contre toute décision d'une autorité nationale refusant le bénéfice de ce droit est essentielle pour assurer au particulier la protection effective de son droit »²⁹³.

De la même manière, la CJCE relève, par la suite et en référence aux jurisprudences *Johnston* et *Heylens* précitées, que :

« l'exigence d'un contrôle juridictionnel de toute décision d'une autorité nationale constitue un principe général de droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a trouvé sa consécration dans les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme »²⁹⁴.

190. Le droit au recours était donc systématiquement rapporté à un contexte spécifique, et ne concernait jusqu'alors que les procédures juridictionnelles nationales à l'encontre des actes nationaux d'application du droit communautaire. Cette garantie « à double vitesse » était largement dénoncée par la doctrine²⁹⁵, et devait progressivement périlcliter sous l'influence de nouveaux développements politiques.

2. Le droit au recours généralisé aux procédures communautaires

191. Ce n'est qu'à partir de la fin des années 1990 que le juge communautaire généralise le droit au recours aux procédures intentées devant lui. Le mouvement est initié par le TPICE. Dans son arrêt *ITT Promedia* et à propos d'une procédure entreprise devant lui, il énonce que l'« accès au juge [est] un droit fondamental et un principe général garantissant le respect du droit » justifiant l'interprétation restrictive des exceptions pouvant y être formulées²⁹⁶.

Cette généralisation du droit au recours devant les procédures juridictionnelles communautaires est ensuite entérinée par la CJCE dans son arrêt *Baustahlgewebe*. Appelée à exercer son contrôle sur le TPICE dans le cadre d'un pourvoi, elle reprend la teneur de l'article 6 § 1^{er} de la CESDH, fondement du droit au recours en droit européen, avant d'énoncer que :

le « principe général de droit communautaire selon lequel toute personne a droit à un procès équitable [...] est applicable dans le cadre d'un recours

²⁹³ CJCE, 15 octobre 1987, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) c/ Georges Heylens et autres*, aff. 222/86, *Rec.*, p. 4097, pt 14. Nous soulignons.

²⁹⁴ CJCE, 3 décembre 1992, *Oleificio Borelli SpA c/ Commission*, aff. C-97/91, *Rec.*, p. I-6313. Nous soulignons.

²⁹⁵ Voir not. A. Mc DONAGH, « Pour un élargissement des conditions de recevabilité des recours en contrôle de la légalité par des personnes privées en droit communautaire : le cas de l'article 175 du traité CE », *CDE*, 1994, pp. 607-637, p. 608 ; ou encore D. WAELBROECK et A.-M. VERHEYDEN, « Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires à la lumière du droit comparé et de la Convention des droits de l'homme », *CDE*, 1995, n° 3-4, pp. 399-441, p. 403.

²⁹⁶ TPICE, 17 juillet 1998, *ITT Promedia NV c/ Commission*, aff. T-111/96, *Rec.*, p. II-2937, pt 60.

juridictionnel contre une décision de la Commission infligeant à une entreprise des amendes pour violation du droit de la concurrence »²⁹⁷.

Le droit au recours est par-là même étendu à toutes les procédures juridictionnelles tendant à garantir le droit communautaire.

192. Si ce progrès apparaît salulaire, les raisons d'un tel revirement de jurisprudence sont *a priori* obscures : le juge n'oppose pas sa nouvelle position à sa jurisprudence antérieure. Pour autant, les renvois opérés ne manquent pas d'intérêt. Au contraire, en replaçant la question du droit au recours dans l'environnement plus général des droits fondamentaux, la CJCE en profite pour se référer d'une part, à son avis 2/94 et d'autre part, à son arrêt *Kremzow*²⁹⁸.

Alors que le prononcé de l'avis 2/94 témoignait d'un « appel à peine voilé [à la « puissance constitutive »] de l'ordre juridique communautaire »²⁹⁹ puisqu'il était lancé la veille de l'ouverture de la conférence intergouvernementale amenée à rédiger ce qui est devenu le traité d'Amsterdam³⁰⁰, le renvoi à cet avis ne peut qu'attirer l'attention sur le politique jurisprudentiel communautaire. En effet, le 28 mars 1996, la CJCE adopte une position significative quant au rôle des États membres à propos des droits fondamentaux communautaires dont fait partie le droit au recours. Pour autant, cet avis n'est globalement pas suivi d'effet : le traité d'Amsterdam ne traite pas de la question de l'adhésion de la Communauté à la CESDH qui aurait eu un impact indéniable sur le système contentieux communautaire et, par ricochet, sur le droit au recours³⁰¹. Les revirements de jurisprudence interviennent donc après la signature de ce traité d'Amsterdam, le 2 octobre 1997, traité qui renforce en outre significativement la garantie de l'Union de droit par la création de la sanction politique de l'article 7 TUE³⁰². Il devient alors cohérent de penser que, pour ce qui concerne la garantie juridictionnelle, le juge communautaire a pu vouloir pallier l'inaction des États membres qu'il avait préalablement clairement interpellés. En tout cas, la doctrine a déjà pu souligner l'intérêt de la juridiction communautaire « pour remédier à une carence non admissible »³⁰³. La mention de la jurisprudence *Kremzow* aurait dans ce cas pour fonction de confirmer cette position sur un fondement plus jurisprudentiel.

²⁹⁷ CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH c/ Commission*, aff. C-185/95 P, *Rec.*, p. I-8417, pts 18 à 22, resp. pts 20 puis 21.

²⁹⁸ CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe*, *ibid.*, pt 21 ; CJCE, avis 2/94 du 28 mars 1996, *portant sur l'Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, *Rec.*, p. I-1759, pt 33 ; et CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow c/ Republik Österreich*, aff. C-299/95, *Rec.*, p. I-2629, pt 14.

²⁹⁹ K. LENAERTS, « Le respect des droits fondamentaux en tant que principes constitutionnels de l'Union européenne » in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. I, 717 p., pp. 423-457, p. 424.

³⁰⁰ Voir à ce sujet D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 14, p. 38.

³⁰¹ À propos de l'adhésion de l'Union européenne à la CESDH, voir, *infra*, §§ 741 et s.

³⁰² Sur cette question, voir I. PINGEL-LENUZZA, « La garantie politique » in F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 531 p., pp. 429-461, spéc. pp. 434 et s.

³⁰³ F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire » in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, 230 p., pp. 141-170, p. 146.

193. La contextualisation de ces revirements nous semble ainsi porteuse de sens : elle témoigne de l'importance, déjà soulignée, de replacer une décision dans son environnement, de manière à « situer les événements au niveau de leur contemporanéité »³⁰⁴. L'esprit conçoit ainsi beaucoup mieux la succession des positions de la juridiction communautaire, tendant d'abord à limiter le droit au recours aux procédures intentées devant le juge national vêtu de sa « casquette communautaire », puis à élargir le droit au recours à toutes les procédures tendant à garantir les normes communautaires.

194. Pour autant et malgré ces évolutions, il existe toujours une différence de traitement entre les titulaires de ce droit au recours. Le simple fait de distinguer plusieurs requérants semble en effet incompatible avec une reconnaissance générale du droit au recours, et la personne physique ou morale apparaît ne pas bénéficier du même droit selon la nature – nationale ou communautaire – de la procédure³⁰⁵. Se pose alors la question de la cohérence du système contentieux de garantie des normes communautaires, notamment au regard du spectre du déni de justice, l'appréciation du contingentement du droit au recours ne pouvant toutefois se faire qu'au regard du contexte plus général de l'ordre juridique dont il émane.

B. Le droit au recours face au déni de justice

195. L'article 173 devenu 230 TCE distingue les catégories de requérants devant la juridiction communautaire³⁰⁶ et leur attribue un droit d'ester en justice différent. Notamment, cette disposition ferme, par principe, le prétoire aux personnes physiques et morales pour la contestation des actes communautaires généraux, qu'il s'agisse de règlements authentiques – et non pas d'une décision individuelle déguisée – ou de directives – le silence de l'alinéa 4 de cet article 230 TCE excluant implicitement toute possibilité pour le particulier de les attaquer, à moins que la directive ne comporte des dispositions décisives –³⁰⁷.

Au regard de la proclamation générale d'un droit au recours au bénéfice de toute personne, une telle circonscription du droit au recours des personnes physiques ou morales semble difficilement justifiable. La doctrine n'a d'ailleurs eu de cesse de dénoncer une telle situation privant le particulier de toute protection à l'encontre d'un

³⁰⁴ Voir *supra*, § 26 et spéc. P. PESCATORE, *Lecture critique de l'encyclique « Fides et ratio »*, Luxembourg, Institut Grand-Ducal, 2000, 57 p., p. 23.

³⁰⁵ À ce sujet, se référer not. aux Conclusions de l'avocat général JACOBS, 21 mars 2001, rendues sur l'arrêt du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pt 98.

³⁰⁶ Voir également à ce sujet D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 416, p. 522.

³⁰⁷ Voir not. J.-L. SAURON, *Droit et pratique du contentieux communautaire*, Paris, La documentation française, coll. « réflexes Europe », 3^{ème} éd., 2004, 189 p., pp. 12-13. Voir également D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *ibid.*, § 424, p. 530.

règlement ne nécessitant aucune mesure nationale d'application³⁰⁸. Les juges national et communautaire se révèlent en effet incompétents, respectivement, pour apprécier la validité des actes communautaires, et pour recevoir une telle question posée par un particulier. La critique fut en outre officialisée par le TPICE soulignant l'impossible articulation du droit au recours et de la limitation persistante de ce droit vis-à-vis des personnes physiques et morales³⁰⁹.

196. Cette critique du défaut de protection juridictionnelle du particulier ne peut en outre qu'orienter la réflexion vers le déni de justice, en tant que ce concept désigne « la situation du justiciable privé de protection juridictionnelle soit par absence de juge, soit par impossibilité d'accéder à un juge »³¹⁰. D'ailleurs, l'ancien avocat général JACOBS a pu réprouber la possibilité de « déni de justice dans le chef des particuliers »³¹¹. Si la CJCE prend garde de ne pas engendrer de déni de justice en général³¹², il s'avère toutefois nécessaire de réfléchir à la pertinence d'une accusation aussi profonde ; pour paraphraser les idées du professeur BOUDON³¹³, le champ du possible (1) ne détermine pas forcément le champ du réel (2).

1. La possibilité du déni de justice

197. Le déni de justice est en général conçu comme un « refus d'un juge ou d'un tribunal d'examiner une affaire qui lui est soumise et qui est susceptible d'engager sa responsabilité »³¹⁴. En d'autres termes, le simple refus d'un juge de recevoir une requête n'est pas constitutif d'un déni de justice ; il est également nécessaire de démontrer un « manquement au devoir de justice »³¹⁵. Le doyen FAVOREU propose à ce sujet une définition mûrement réfléchie puisque résultant du travail approfondi d'une thèse remarquée et confirmé récemment :

³⁰⁸ Parmi de nombreuses contributions, voir par ex. P. CASSIA, « Continuité et rupture dans le contentieux de la recevabilité du recours en annulation des particuliers – À propos de l'arrêt *Jégo-Quéré* du 3 mai 2002 du Tribunal de première instance des Communautés européennes (aff. T-177/01) », *RMCE*, 2002, pp. 547-559, p. 554.

³⁰⁹ TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Cie SA c/ Commission*, aff. T-177/01, *Rec.*, p. II-2365, pts 41 à 43 et conclusion de l'arrêt, pts 51 à 53.

³¹⁰ L. FAVOREU, « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », *op. cit.*, p. 516.

³¹¹ Conclusions de l'avocat général JACOBS, 21 mars 2001, rendues sur l'arrêt du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, § 77.

³¹² Voir, par ex., CJCE, 12 juillet 1957, *Algera e.a. c/ Assemblée commune*, aff. jointes 7/56 et 3 à 7/57, *Rec.*, p. 81, p. 114.

³¹³ À propos de « l'individualisme méthodologique contextualisé », voir not. R. BOUDON et F. BOURRICAUD, *Le dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, PUF, 7^{ème} éd., coll. Quadrige, 3^{ème} éd., 2004, 714 p.

³¹⁴ *Le petit Larousse illustré*, 2006.

³¹⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 286.

« le déni de justice s'analyse en un manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu³¹⁶, devoir qui trouve son fondement dans le droit au juge de celui-ci »³¹⁷.

198. Le déni de justice existe donc du fait de la réunion de plusieurs éléments. Le doyen FAVOREU identifie ainsi une série de conditions de fond et de forme. D'une part, il doit exister « un intérêt à protéger » et « une possibilité de contrôle ». D'autre part, « [i]l faut qu'il y ait défaillance du système juridictionnel », et que cette « défaillance ait un caractère définitif »³¹⁸.

199. Pour ce qui concerne le système de garantie des normes communautaires, nul doute que la limitation du droit au recours du particulier, l'empêchant de contester un règlement communautaire sans application nationale, remplit les conditions de forme du déni de justice : la défaillance consiste bien en une « lacun[e] dans l'organisation juridictionnelle, qui s'analys[e] essentiellement en l'absence d'un juge compétent [...] les juges compétents [ayant] une compétence limitée »³¹⁹. La défaillance demeure en outre définitive puisque la personne physique ou morale ne peut jamais contester *directement* la validité de la norme communautaire générale authentique.

200. En revanche, l'appréciation des conditions de fond est plus délicate. Certes, la première ne semble pas poser de difficulté, comme en général³²⁰. Cependant, la seconde soulève une question profonde : le contrôle doit être possible, c'est-à-dire que la règle de droit sur laquelle il repose doit prévoir une telle possibilité ou au moins ne pas l'entraver. L'explication du doyen FAVOREU synthétisant clairement la problématique, nous nous permettrons d'y consacrer quelques lignes :

« il faut partir du fondement même de la protection assurée par le juge à l'individu. Le juge garantit à l'individu l'application totale et correcte de la règle de droit, en vérifiant que l'atteinte portée à sa situation est conforme aux règles de droit supérieures au respect desquelles a droit l'individu. Si cette vérification n'est pas possible pour des raisons autres que celles tenant au pur droit procédural (absence de juridiction compétente, paralysie ou inefficacité du recours, etc.), et qui font que le contrôle juridictionnel n'est même pas concevable, on ne peut dire que la justice a été déniée au plaideur. Dans ces hypothèses là, en effet, l'acte ou l'agissement préjudiciable est valable en lui-même, tel qu'il est, au regard des règles de droit matériel. *Il ne peut pas* être irrégulier et s'il porte atteinte à la situation d'un individu, cette atteinte est toujours fondée. Ces règles de fond ou droit matériel, attachent à certains actes ou agissement un caractère incontestable. Le juge appliquant le droit matériel ne peut qu'en prendre acte. [...] On peut

³¹⁶ L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1964, 582 p., p. 549.

³¹⁷ L. FAVOREU, « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », *op. cit.*, p. 514.

³¹⁸ L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, *op. cit.*, resp. pp. 518, 523, 526 et 532.

³¹⁹ L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, *op. cit.*, p. 528.

³²⁰ L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, *op. cit.*, p. 518.

critiquer ces solutions et dans certains cas, les qualifier d'iniques. Mais il faut bien voir que s'il y a alors "injustice", il n'y a pas "déné de justice" »³²¹.

Ainsi l'impossibilité matérielle – et non procédurale – du contrôle de conformité de l'acte, dans ce cas inenvisageable, exclut-elle l'existence du déné de justice. Or, les règles du droit communautaire révèlent que le droit au recours des personnes physiques ou morales devant la juridiction communautaire ne peut qu'être limité.

2. L'impossibilité du déné de justice

201. L'identification du fondement de la protection accordée au particulier par le juge communautaire constitue une étape essentielle du raisonnement. De surcroît et parce que le droit communautaire est particulièrement original, la question du droit au recours limité des particuliers peut être envisagée non seulement de manière classique mais également dans une perspective singulière et souvent négligée en raison de la similitude des aboutissants.

202. De manière classique, le requérant particulier peut être envisagé dans ses relations avec les autres requérants du droit communautaire. Comme nous l'avons déjà dit³²², cette vision horizontale révèle différentes catégories de requérants, les uns disposant, pour reprendre les termes de la CJCE³²³, d'un droit au recours complet, les autres – les personnes physiques et morales – d'un droit au recours limité. Une telle discrimination trouve pourtant une justification dans la réalité du droit communautaire. Fondée sur un traité, la construction communautaire demeure d'abord une organisation internationale³²⁴. Aussi, comme dans toute organisation internationale, elle n'engage par

³²¹ L. FAVOREU, *Du déné de justice en droit public français*, op. cit., pp. 523-524.

³²² Voir *supra*, §§ 178 et 179.

³²³ CJCE, 16 juillet 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. 8/55, *Rec.*, p. 201, spéc. p. 226 : « Si la thèse de la requérante était exacte, les entreprises auraient un droit de recours aussi complet que celui des États et du Conseil ».

³²⁴ Sur le caractère déterminant du fondement de la relation entre États dans la distinction entre « confédération d'États et État fédéral », se référer à P. LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, Paris, Giard et Brière, 1900-1904, 6 vol., 1.1, pp. 98-108. Si « [l]e fondement juridique de la Confédération d'États comme de la société [de droit privé], c'est le traité ; [et] le fondement juridique de l'État comme de la corporation de droit privé, c'est la Constitution, le statut », « en dépit de toutes les formes bâtarde et intermédiaires qui effectivement se présentent, il n'y a point de formation politique qui appartienne à la fois à l'une et à l'autre des deux formes dont il s'agit ; car l'une est la négation de l'autre ». En effet, « la Confédération d'États est [...] un "rapport de droit" entre États, et pas un "sujet de droit" ; l'État au contraire est une unité organisée, une personne, ce n'est donc pas un " rapport de droit" ». À ce sujet, se référer également à O. BEAUD, « Fédération et État fédéral » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 711-716, p. 713 et pour une critique, pp. 714-716. Pour la critique, voir également C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1993, 576 p., pp. 512-513. Nous remarquons cependant que le professeur SCHMITT, repris par le professeur BEAUD, identifie un état intermédiaire : la fédération. Néanmoins, s'il est possible, comme nous le verrons ultérieurement, de considérer que le traité établissant une Constitution pour l'Europe amène un rapprochement vers la fédération (voir *infra*, §§ 807 et 877), la construction communautaire n'a, en l'état actuel, pas atteint ce stade.

principe que les États³²⁵, et le particulier n'est concerné que *par exception*³²⁶. Il est alors concevable que le droit au recours des particuliers, puisque limité par les textes fondateurs de la construction communautaire, soit circonscrit à certaines hypothèses. Notamment, il n'était pas voulu que le particulier puisse attaquer les actes généraux, mais seulement les actes comparables à des actes administratifs en droit national³²⁷. Or, en l'absence de distinction claire entre les différents niveaux normatifs, le règlement communautaire peut être aussi bien l'expression du pouvoir législatif de l'Union et de la Communauté européennes, ou l'expression de son simple pouvoir réglementaire³²⁸. Il n'est donc pas souhaitable, tant que les normativités législative et exécutive identifiées par le professeur MONJAL³²⁹ demeurent mêlées, d'ouvrir au particulier la porte de la contestation générale, alors même qu'une telle possibilité est loin d'être automatique en droit national³³⁰. En tout cas, les traités communautaires en vigueur ne se sont pas orientés dans cette voie³³¹.

203. Par ailleurs, le requérant particulier peut être envisagé dans la plénitude de ses qualités au sein d'un ordre juridique communautaire originalement hiérarchisé. Cette logique verticale ne peut en effet se comprendre qu'au regard de la dualité des normes de concrétisation du droit communautaire : à la fois communautaires et nationales, elles impliquent les ordres juridiques communautaire et nationaux³³². Or, les personnes

³²⁵ Pour une critique de cette opinion majoritaire, voir H. KELSEN, *Controverse sur la Théorie pure du droit. Remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, Paris, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, coll. Les introuvables, 2005, 186 p., pp. 148-154 : « L'affirmation parfaitement fondée de la théorie traditionnelle selon laquelle le droit international oblige ou autorise des États signifie avant tout que c'est, le plus souvent, d'une manière médiate – c'est-à-dire par l'intermédiaire de l'ordre juridique interne – que le droit international oblige ou autorise des individus. La théorie traditionnelle ne fait erreur qu'en ce qu'elle ne reconnaît pas la possibilité d'une obligation ou autorisation immédiate des individus par le droit international ; cette erreur de la théorie traditionnelle provient surtout de ce qu'elle ne voit pas dans le cas même où le droit international oblige ou autoris[e] des États, ce sont en définitive des individus qui sont les sujets des droits ou obligations en question ; ils ne le sont toutefois pas d'une manière immédiate, mais d'une manière médiate seulement, c'est-à-dire par l'intermédiaire de l'ordre étatique, auquel il incombe de déterminer ces individus, après que le droit international a déterminé quelles sont les actions ou les abstentions qui doivent intervenir, quels sont les actes juridiques qui peuvent être accomplis. La théorie traditionnelle est donc dans l'erreur lorsqu'elle affirme que le droit international n'oblige et n'autorise que les États, à l'exclusion des individus ».

³²⁶ Voir à ce sujet G. RASQUIN et R.-M. CHEVALLIER, « L'article 173, alinéa 2 du traité C.E.E. », *RTDE*, 1966, pp. 31-46, p. 46.

³²⁷ *Ibid.*, p. 42.

³²⁸ Voir sur cette question M. FROMONT, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1966, pp. 47-65, p. 50 ; ou encore M. LAGRANGE, « Le pouvoir de décision dans les Communautés Européennes : théorie et réalité », *RTDE*, 1967, pp. 1-29, pp. 20-21.

³²⁹ P.-Y. MONJAL, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, *op. cit.*, résumé.

³³⁰ À propos des hypothèses de saisine directe du juge constitutionnel par les individus, voir par ex., L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, § 341, pp. 247-248.

³³¹ CJCE, 16 juillet 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. 8/55, *Rec.*, p. 201, p. 226 : « il serait inexplicable que l'article 33, au lieu d'assimiler tout simplement les recours des entreprises à ceux des États ou du Conseil, ait introduit une distinction très nette entre les décisions individuelles et les décisions générales ». Le raisonnement est transposable dans le cadre du traité CE.

³³² Voir *supra*, §§ 167 et s., spéc. § 169.

physiques ou morales n'entretiennent pas les mêmes relations avec ces ordres juridiques. D'une part, le requérant est médiatisé³³³ par la volonté de l'État au sein de l'ordre juridique communautaire ; son droit au recours peut être limité. D'autre part, en tant que citoyen de l'État, le particulier dispose normalement d'un droit au recours complet. Ainsi la personne physique ou morale peut-elle revendiquer un droit au recours plein pour contester une norme d'application du droit communautaire, parce qu'il s'agit aussi d'une norme nationale. Toutefois, il lui demeure impossible de contester toute norme fondant cette application nationale, n'ayant pas acquis un droit au recours complet au sein de l'ordre juridique communautaire. La relativité inhérente à cet ordre juridique communautaire rejaillit en somme sur le droit au recours des personnes physiques et morales, dont le degré varie selon le contexte nationalisé ou non.

204. Ces deux logiques, finalement convergentes, aboutissent à l'identification de règles de fond justifiant la limitation du droit au recours des personnes physiques ou morales en droit communautaire. La CJCE l'exprime d'ailleurs très bien lorsque, face à l'argument du risque de déni de justice, elle répond que :

« les principes invoqués par la requérante, même s'ils appellent une interprétation large des dispositions relatives à la saisine de la Cour, afin d'assurer la protection juridique des particuliers, ne permettent toutefois pas à la Cour de modifier de sa propre autorité les termes mêmes de sa compétence »³³⁴.

En définitive, les aspirations doctrinales se heurtent à la réalité juridique : les éléments constitutifs du déni de justice ne sont pas réunis, une condition de fond fait défaut. En outre, le juge qui, certes peut jouer un certain rôle palliatif en général³³⁵, ne peut le faire qu'en cas de silence des traités³³⁶. En effet, comme le concluait le doyen FAVOREU dans l'extrait précité : « Le juge appliquant le droit matériel ne peut qu'en prendre acte ». Le juge ne pourrait de toute façon aucunement être tenu responsable d'un déni de justice quelconque résultant avant tout de la défaillance de l'État³³⁷ ou, par transposition, de l'Union ou de la Communauté européennes³³⁸.

205. Le droit au recours des personnes physiques ou morales vis-à-vis des normes communautaires doit finalement être contextualisé pour en déterminer la portée. Par principe limité, il devient complet dans un environnement nationalisé. En résulte une mise en œuvre mesurée, se traduisant par une recevabilité restreinte des recours intentés par les particuliers.

³³³ Nous n'utilisons pas ce terme en référence aux propos d'H. KELSEN précités *in* note n° 323.

³³⁴ CJCE, 17 février 1977, *Confédération française démocratique du travail (CFDT) c/ Conseil*, aff. 66/76, *Rec.*, p. 305, pt 8.

³³⁵ P. TERNEYRE, « Le droit constitutionnel au juge et ses limites - Rapport français » *in Études de droit constitutionnel franco-espagnol*, Paris, Economica, 1994, 318 p., pp. 75-100, pp. 83 et s., spéc. p. 90.

³³⁶ Sur ce point, se référer à CJCE, 12 juillet 1957, *Algera e.a. c/ Assemblée commune*, aff. Jointes 7/56 et 3 à 7/57, *Rec.*, p. 81, p. 114. Voir également *supra*, §§ 366 et s.

³³⁷ Voir à ce sujet L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, *op. cit.*, pp. 535 et 545.

³³⁸ À propos de la volonté d'incriminer « les auteurs des traités qui ont organisé un système aussi critiquable », voir G. RASQUIN et R.-M. CHEVALLIER, « L'article 173, alinéa 2 du traité C.E.E. », *op. cit.*, p. 44.

§2. La recevabilité forcément limitée des recours intentés par les particuliers

206. Si l'existence de conditions de recevabilité pour l'introduction d'un recours apparaît légitime et non contraire, en soi, au droit au juge³³⁹, les conditions posées aux recours intentés par les particuliers devant la juridiction communautaire sont largement décriées. Il est vrai que l'alinéa 2, devenu 4 de l'article 173, devenu 230 TCE pose que :

« Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement ».

Ainsi le particulier ne peut-il contester que les actes communautaires dont il est le destinataire explicite ou implicite. Pour prendre un exemple clair, un agriculteur souhaitant attaquer un règlement communautaire fixant des prix agricoles de référence ne peut généralement pas le faire : en premier lieu, il n'en est pas le destinataire ; en second lieu, il est certes concerné directement par le règlement en cause, mais il n'est pas individuellement concerné puisque tous les agriculteurs le sont³⁴⁰. Le recours en annulation n'apparaît donc que faiblement ouvert aux particuliers du fait d'une recevabilité enserrée dans des conditions limitatives.

207. Si ces conditions sont critiquables, leur application résulte du texte même du traité. En outre et plus globalement, ces conditions témoignent de la situation particulière de la personne physique ou morale au sein de l'ordre juridique communautaire, dont le droit au recours en ressort limité. D'ailleurs, la doctrine convient que la lecture parcimonieuse de ces conditions par le juge se justifie « par la spécificité de l'ordre juridique communautaire »³⁴¹. Aussi est-il logique que la CJCE ait toujours respecté ces conditions « fussent-elles jugées trop restrictives par les justiciables »³⁴².

208. La meilleure preuve d'une telle obédience du juge envers le texte dont il procède consiste en fait dans son attitude face au nouveau traité CEE de 1957. Alors que le juge avait développé un contentieux de la recevabilité assez souple sous l'empire de l'article 33 CECA, il modifie sa jurisprudence de manière à respecter les nouvelles conditions plus étroites de recevabilité des recours en annulation intentés par les particuliers, marquant ainsi un repli indubitable (A). Il ne s'affranchira en outre jamais des conditions de l'article 173 devenu 230 CE, même si des évolutions pourront être perceptibles (B) quoique toujours dans une certaine limite (C).

³³⁹ CJCE, 1^{er} avril 1987, *C. Dufay c/ Parlement*, aff. 257/85, *Rec.* p. 1561, pt 10 ; TPICE, ordonnance, 19 juin 1995, *Christina Kik c/ Conseil et Commission*, aff. T-107/94, *Rec.*, p. II-1717, pt 39.

³⁴⁰ Pour prendre un exemple parmi tant d'autres, voir TPICE, ordonnance, 29 juin 1995, *Cantina cooperativa di Torre di Mosto ea c/ Commission*, aff. T-183/94, *Rec.*, p. II-1941, spéc. pts 51 et 52.

³⁴¹ J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *Pouvoirs*, 2001, n° 96, pp. 123-142, p. 138.

³⁴² F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire » in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, op. cit., pp. 141-170, p. 142.

A. Le repli de 1957

209. Alors que l'article 33 CECA ouvrait assez largement le prétoire communautaire aux personnes physiques et morales³⁴³, le traité CEE marque une rupture nette. Comme l'explique le professeur FROMONT :

« [L]es rédacteurs des traités de Rome ont mis fin à toute possibilité d'élargissement en définissant de façon encore plus étroite l'exception au principe d'irrecevabilité des recours dirigés contre les règlements »³⁴⁴.

210. Les raisons d'un tel changement sont à rechercher dans des considérations politiques. Si, dans un premier temps, « le but était une Cour assez puissante face à une Haute Autorité dotée de pouvoirs importants », dans un second temps, la volonté de restreindre la dimension des organes supranationaux conduisit à réduire les pouvoirs de la Commission, et en contrepartie ceux de la Cour³⁴⁵. La recevabilité des recours en annulation intentés par les particuliers fut en ce sens diminuée et la combinaison pragmatique des solutions française et allemande tourna à l'avantage de la seconde, développant ainsi une logique subjective³⁴⁶.

211. En tout cas, le changement rédactionnel ne pouvait pas rester lettre morte. Comme l'explique le professeur FROMONT, reprenant les idées de l'avocat général LAGRANGE, « la différence de rédaction entre les traités est trop grande pour ne pas avoir un sens précis »³⁴⁷. Ainsi la CJCE ne pouvait-elle lire l'article 173 CEE qu'au regard de l'intention des rédacteurs, certes implicite, mais évidente :

« C'est, en effet, une règle d'interprétation raisonnable de tous les textes internationaux que de deviner l'intention de leurs auteurs à la lumière de changements rédactionnels qu'ils ont introduits dans les textes analogues et successifs »³⁴⁸.

³⁴³ L'alinéa 2 de l'article 33 CECA permettait en effet aux entreprises ou aux associations d'attaquer des actes généraux qui auraient été entachés de détournement de pouvoir : « les entreprises ou les associations visées à l'article 48 peuvent former, dans les mêmes conditions [s. e. que les sujets de droit privilégiés], un recours contre les décisions et recommandations individuelles les concernant ou contre les décisions et recommandations générales qu'elles estiment entachées de détournement de pouvoir à leur égard ».

³⁴⁴ M. FROMONT, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation ... », *op. cit.*, p. 52.

³⁴⁵ M. FROMONT, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation ... », *op. cit.*, p. 64. Voir également G. RASQUIN et R.-M. CHEVALLIER, « L'article 173, alinéa 2 du traité C.E.E. », *op. cit.*

³⁴⁶ M. FROMONT, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation ... », *op. cit.*, p. 64.

³⁴⁷ M. FROMONT, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation ... », *op. cit.*, p. 52 et note n°4, à propos des conclusions de l'avocat général LAGRANGE, rendues sur l'arrêt du 14 décembre 1962, Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes et autres c/ Conseil, aff. jointes 16/62 et 17/62, *Rec.*, p. 901.

³⁴⁸ G. RASQUIN et R.-M. CHEVALLIER, « L'article 173, alinéa 2 du traité C.E.E. », *op. cit.*, p. 34, voir également p. 43.

La CJCE ne put que prendre acte des nouvelles conditions de recevabilité imposées aux particuliers, même si elle semble les avoir réprouvées. Dans deux arrêts de 1962 rendus le même jour, elle témoigna en effet d'une certaine réticence :

« Que la Cour admet que le régime ainsi institué par les traités de Rome prévoit, pour la recevabilité des recours en annulation des particuliers, des conditions plus restrictives que le traité CECA ;

Qu'il n'appartient cependant pas à la Cour de se prononcer sur les mérites de ce régime, celui-ci ressortissant clairement du texte sous examen »³⁴⁹.

La doctrine ne passa pas à côté de cet énoncé porteur de sens. Notamment, dans ses notes sous les arrêts de la CJCE, Roger-Michel CHEVALLIER releva que :

« À son corps défendant, elle n'a pu que constater la sévérité de ce texte et n'a pas encore découvert une faille permettant l'accès au prétoire des particuliers contre les règlements »³⁵⁰.

212. La CJCE développa alors une jurisprudence jugée restrictive dont l'affaire *Plaumann* en constitue certainement la pierre angulaire. Dans cet arrêt, la CJCE explique son interprétation des dispositions de l'article 173 CEE, qu'elle souhaite la plus large possible³⁵¹. Elle considère alors que :

« les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire »³⁵².

Autrement dit, lorsque la personne n'est pas le destinataire, elle doit prouver qu'elle est concernée individuellement et directement, de manière à être assimilable à un destinataire réel.

L'individualisation peut notamment résulter de circonstances de fait, permettant à la Commission « de savoir que sa décision affectait exclusivement les intérêts et la position [de certains] importateurs »³⁵³, ou encore lorsque les personnes « peuvent démontrer qu'elles ont été identifiées dans les actes de la Commission ou du Conseil ou concernées par les enquêtes préparatoires »³⁵⁴.

³⁴⁹ CJCE, 14 décembre 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes et autres c/ Conseil*, aff. jointes 16/62 et 17/62, *Rec.*, p. 901, p. 917 ; *Fédération nationale de la boucherie en gros et du commerce en gros des viandes et autres c/ Conseil*, aff. jointes 19/62 à 22/62, *Rec.*, p. 943, p. 958.

³⁵⁰ R.-M. CHEVALLIER, « Revue analytique de la Jurisprudence de la Cour de Justice en 1964 », *op. cit.*, p. 274.

³⁵¹ CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann & Co. c/ Commission*, aff. 25/62, *Rec.*, p. 199, p. 222 : « Que cependant l'article 173, alinéa 2, du traité admet le recours des particuliers contre les décisions adressées à une "autre personne" et qui les concerneraient de façon directe et individuelle, mais que cet article ne précise ni ne limite la portée de ces termes ; Que la lettre et le sens grammatical de la disposition précitée justifient l'interprétation la plus large ».

³⁵² CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann & Co. c/ Commission*, aff. 25/62, *Rec.*, p. 199, p. 223 confirmé par un arrêt du 1^{er} avril 1965, *Marcello Sgarlata et autres c/ Commission*, aff. 40/64, *Rec.*, p. 279, p. 295.

³⁵³ CJCE, 1^{er} juillet 1965, *Alfred Toepfer et Getreide-Import Gesellschaft c/ Commission*, aff. jointes 106 et 107/63, *Rec.*, p. 525, p. 533. Voir également CJCE, 13 mai 1971, *NV International Fruit Company et autres c/ Commission*, aff. jointes 41 à 44/70, *Rec.*, p. 411, pts 16 à 22.

³⁵⁴ CJCE, 21 février 1984, *Allied Corporation ea c/ Commission*, aff. jointes 239 et 275/82, *Rec.*, p. 1005, pt 12.

213. Les hypothèses demeurent toutefois fort peu nombreuses. La majorité des particuliers ne trouve pas la « clé du prétoire »³⁵⁵ communautaire. Si la CJCE fut le relais de la restriction de la recevabilité des recours en annulation intentés par les particuliers, elle ne s'en satisfaisait pas. À plusieurs reprises, elle réitéra la position qu'elle avait initialement adoptée en 1962 dans ses arrêts *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes et autres* et *Fédération nationale de la boucherie en gros et du commerce en gros des viandes et autres*.

Tout d'abord, la CJCE rendit un avis le 15 juillet 1974, dans lequel elle proposait que tous les actes communautaires de droit dérivé pussent, sans distinction, faire l'objet de recours « de la part des particuliers qui justifient d'un intérêt direct, comme il en est dans le système juridique de plusieurs États membres »³⁵⁶. Ce document reste toutefois difficile d'accès et semble-t-il n'a bénéficié d'une publicité que très relative.

La CJCE a par la suite renouvelé son appel, d'une manière plus accessible quoique plus indirecte. En effet, dans son arrêt *CFDT* déjà évoqué, elle considère, à propos du risque de déni de justice, que :

« les principes invoqués par la requérante, même s'ils appellent une interprétation large des dispositions relatives à la saisine de la Cour, afin d'assurer la protection juridique des particuliers, ne permettent toutefois pas à la Cour de modifier de sa propre autorité les termes mêmes de sa compétence »³⁵⁷.

Une telle formulation révélait l'« idée d'un élargissement de la recevabilité des recours directs »³⁵⁸ dans le chef d'un juge qui ne pouvait toutefois pas modifier le texte dont il procède. En outre, la rigueur de la prise de position et surtout de ses conséquences peut également révéler le politique jurisprudentiel de la CJCE. En effet, le juge peut parfois recourir à une application extrême du droit existant critiqué de manière à inciter les autorités compétentes à le modifier³⁵⁹.

³⁵⁵ J. BOULOUIS et R.-M. CHEVALLIER, *Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes*, tome 1, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 1994, 434 p., n° 59, p. 306. Voir dans le même sens, une contribution qui rend hommage à ces auteurs en reprenant leur formule, F. SUDRE, « "Droit au juge" et contentieux de la légalité en droit communautaire : la clé du prétoire n'est pas un passe partout » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. II, pp. 1399-1419.

³⁵⁶ Avis sur l'union européenne, *Bull. CE suppl.* 9-75, pt 18. Voir M. CANEDO, « L'intérêt à agir dans le recours en annulation du droit communautaire », *RTDE*, 2000, n° 3, pp. 451-510, p. 507 se référant à J.-V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, D. WAELBROECK et M. WAELBROECK, *Commentaire Mégret, Le droit de la CEE, La Cour de justice, Les actes des institutions*, n° 10, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2^{ème} éd., 1993, 666 p., n° 30, p. 136.

³⁵⁷ CJCE, 17 février 1977, *Confédération française démocratique du travail (CFDT) c/ Conseil*, aff. 66/76, *Rec.*, p. 305, pt 8. Voir également supra, § 204, note n° 332.

³⁵⁸ C. CHARRIER, « *L'obiter dictum* dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1998, pp. 79-103, p. 912.

³⁵⁹ Pour un exemple de ce genre de politique du « tout ou rien », voir Cass. Civ. 2^{ème}, 21 juillet 1982, *Desmares*, pourvoi n° 81-12850, *Bull.*, II, n° 111 : application rigoriste du droit de la responsabilité de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil français dans le contexte des accidents de la circulation – la faute de la victime n'exonère pas la responsabilité du conducteur de véhicule – ayant au final abouti à une réforme de ce droit par la loi du 5 juillet 1985, dite « Loi Badinter », *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, *JORF*, 6 juillet

Cependant, l'absence de toute révision des dispositions de l'article 173 CEE devait conduire la CJCE à adopter une voie médiane, consistant en un certain assouplissement de sa lecture de la recevabilité des recours en annulation intentés par les particuliers.

B. L'approche de 1994

214. La jurisprudence *Codorníu* marque en fait à un double niveau, un infléchissement de la rigueur de la CJCE dans son analyse de la recevabilité des recours en annulation intentés par les particuliers³⁶⁰.

En premier lieu et d'un point de vue objectif, le juge développe ce que la doctrine a appelé la « théorie de l'hybridité »³⁶¹ : le juge reconnaît qu'un acte général peut affecter spécialement certains opérateurs, autrement dit les concerner individuellement³⁶². Certes, cette novation était annoncée par une prise de position identique dans le contexte particulier de la réglementation anti-dumping³⁶³. Cependant, la généralité des termes de la CJCE dans l'arrêt *Codorníu* témoigne d'une évolution certaine.

En second lieu et sous un angle subjectif, le juge s'inspire des assouplissements réalisés dans certains domaines spécifiques³⁶⁴ – mesures de sauvegarde en matière d'importations³⁶⁵ ou mesures anti-dumping³⁶⁶ – pour renouveler son appréciation du lien individuel. Désormais et au bénéfice des particuliers, le juge s'intéresse aux effets de l'acte général dont le degré trop important est dorénavant susceptible de caractériser le particulier en cause³⁶⁷. Si l'imperfection explicative de la CJCE est prégnante³⁶⁸, la portée de ce revirement est essentielle pour un requérant qui, sans cette démarche subjective, ne pourrait prétendre à être individuellement concerné par un règlement communautaire. Il devient alors recevable à intentier un recours en annulation.

1985, p. 7585. La Cour de cassation est par la suite revenue sur cette jurisprudence rigoriste par une série d'arrêts du 6 avril 1987, voir, par ex., pourvoi n° 85-16387, *Jonier c/ Bardèche*, *Bull.*, II, n° 86, p. 49.

³⁶⁰ À ce sujet, voir A. BARAV, « Le droit au juge devant le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes » in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 191-216, p. 197 et s.

³⁶¹ Voir not. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 425, p. 532.

³⁶² CJCE, 8 mai 1994, *Codorníu SA c/ Conseil*, aff. C-309/89, *Rec.*, p. I-1853, pt 19.

³⁶³ CJCE, 14 mars 1990, *Nashua Corporation e.a. c/ Commission et Conseil*, aff. jointes C-133 et 150/87, *Rec.*, p. I-719, pt 14.

³⁶⁴ P. NIHOUL, « La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale », *RTDE*, 1994, pp. 169-194, spéc. pp. 178-183.

³⁶⁵ CJCE, 26 juin 1990, *Sofrimport SARL c/ Commission*, aff. C-152/88, *Rec.*, p. I-2477, pt 13.

³⁶⁶ CJCE, 16 mai 1991, *Extramet c/ Conseil*, aff. C-358/89, *Rec.*, p. I-2501, pt 17.

³⁶⁷ CJCE, 8 mai 1994, *Codorníu SA c/ Conseil*, aff. C-309/89, *Rec.*, p. I-1853, pts 21 et 22.

³⁶⁸ Plusieurs auteurs critiquent en effet l'obscurité des propos de la CJCE. Voir par ex. G. VANDERSANDEN, « Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées - Actes de la Journée d'études organisée par les Cahiers de droit européen : L'accès à la Justice dans l'Union européenne », *CDE*, 1995, pp. 535-552, p. 543 ; ou encore M. CANEDO, « L'intérêt à agir dans le recours en annulation du droit communautaire », *op. cit.*, p. 489.

215. La combinaison de ces apports permet ainsi au professeur CASSIA de « raisonnablement affirmer que le caractère général d'un acte communautaire ne constitue plus un obstacle à la recevabilité des recours en annulation formés par les personnes physiques ou morales »³⁶⁹. Si l'auteur y voit une interprétation qui va « au-delà de ce qu'indiquait l'article 230 TCE »³⁷⁰, nous pensons au contraire que le juge a respecté les limites de cette disposition : cet article permet à la personne physique ou morale de contester « les décisions dont elle est le destinataire », ou les décisions qui, quelle que soit leur forme, « la concernent directement et individuellement ». En vérité, ce texte autorisait, dès le début, le juge à développer un contentieux de la recevabilité aussi large que celui développé dans la jurisprudence *Codorníu*.

216. Il n'en reste pas moins que la juridiction communautaire a modifié sa vision de la recevabilité des particuliers pourtant bien établie, et alors que rien ne l'y obligeait objectivement. Une contextualisation historique est toutefois susceptible d'éclairer des hypothèses causales : les arrêts *Sofrimport* et *Extramet* préfigurant le revirement *Codorníu*, ci-dessus envisagés³⁷¹, furent rendus après le message commun Kohl-Mitterrand du 19 avril 1990 relançant le processus communautaire³⁷². Le traité de Maastricht de 1992 devait en résulter. La jurisprudence *Codorníu* enfin y succéda. Si des doutes peuvent exister quant à la corrélation de l'approfondissement de la construction communautaire et de l'assouplissement du contentieux de la recevabilité des particuliers, on ne peut nier le développement concomitant d'une idée aboutie de la citoyenneté communautaire, et d'une prise en considération renforcée des intérêts des particuliers. Dès lors que la recevabilité limitée des particuliers trouve une justification dans leur lien médiatisé par l'État à une organisation internationale³⁷³, il n'est pas incohérent de penser que la modification de ce lien par la création de la citoyenneté communautaire a pu engendrer un ajustement des prétentions acceptables des particuliers.

217. Le droit au recours n'étant toutefois pas encore généralisé à ce moment-là³⁷⁴, l'arrêt *Codorníu* ne pouvait engendrer un bouleversement total du contentieux de la recevabilité. Aussi n'a-t-il pas pour objet de supprimer la jurisprudence antérieure mais de l'approfondir : bien qu'elle soit désormais franchissable, « la barrière de la portée normative des actes attaqués »³⁷⁵ demeure. La CJCE ne se satisfaisait pour autant pas de cette situation puisque, son appel du 28 mars 1996 n'ayant pas été entendu, elle cherchait ensuite à développer d'elle-même le droit au recours des personnes physiques ou morales

³⁶⁹ P. CASSIA, *L'accès des personnes physiques et morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, Dalloz, 2001, 1045 p., § 589, p. 472.

³⁷⁰ *Ibid.*, § 505, p. 407.

³⁷¹ *Op. cit.*, notes n° 361 à 363.

³⁷² Voir à ce sujet D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 12, p. 36.

³⁷³ Voir *supra*, §§ 202 et 203.

³⁷⁴ Voir, *supra*, § 191.

³⁷⁵ P. CASSIA, *L'accès des personnes physiques et morales au juge de la légalité des actes communautaires*, *op. cit.*, § 504, p. 407.

devant son prétoire³⁷⁶. Il était donc logique qu'elle s'interroge ensuite sur un élargissement conséquent de leur recevabilité à intenter un recours en annulation.

C. L'essai de 2002

218. Les premières années du XXI^{ème} siècle marquent, sans aucun doute, une période charnière pour le contentieux de la recevabilité des recours en annulation intentés par les particuliers. Plusieurs éléments se combinent en effet pour aboutir à une véritable introspection de la juridiction communautaire quant à sa capacité de protéger efficacement la personne physique ou morale.

1. Les conclusions de l'avocat général JACOBS sur l'affaire UPA

219. En premier lieu, l'ancien avocat général JACOBS a profité de ses conclusions sur l'affaire UPA³⁷⁷ pour formuler un plaidoyer remarquable en faveur de l'élargissement des conditions de recevabilité des recours en annulation initiés par les particuliers. Si les positions de l'avocat général JACOBS étaient déjà connues d'un point de vue doctrinal³⁷⁸, leur transposition dans un contexte officiel s'explique certainement par la volonté de tirer partie d'une atmosphère propice : le Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001 venait en effet tout juste de convoquer la Convention européenne sur l'avenir de l'Europe³⁷⁹.

220. L'avocat général JACOBS a en fait proposé de « reconnaître qu'un particulier est individuellement concerné par une mesure communautaire lorsque la mesure nuit, ou est susceptible de nuire à ses intérêts, de manière substantielle »³⁸⁰. Il s'agirait donc de rendre inopérable le critère du lien individuel en substituant, en quelque sorte, une réflexion sur l'intérêt à agir à une recherche d'une qualité pour agir souvent préjudiciable au particulier³⁸¹. Le prétoire communautaire lui serait ainsi largement ouvert.

³⁷⁶ Voir, *supra*, § 192.

³⁷⁷ Conclusions de l'avocat général JACOBS, 21 mars 2001, rendues sur l'arrêt du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677.

³⁷⁸ Voir, par ex., F.G. JACOBS, « Access to justice as a fundamental right in European law » in *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 660 p., pp. 197-212, not. pp. 204 et s.

³⁷⁹ *Déclaration sur l'avenir de l'Union européenne*, Pt I.1, *Bull. UE*, 12/2001, n° 1, p. 27 ; bulletin disponible via le site Internet d'Europa, spécifiquement : <<http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/fr/bullset.htm>>. À propos de l'opportunité contextuelle pour les conclusions de l'avocat général Jacobs, voir J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT, « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 4 novembre 2002, pp. 1122-1132, p. 1131.

³⁸⁰ Conclusions de l'avocat général JACOBS, 21 mars 2001, rendues sur l'arrêt du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pt 102, 4).

³⁸¹ À propos de la prise en considération de l'intérêt à agir par l'avocat général, voir Conclusions du 21 mars 2001, *UPA*, *op. cit.*, pt 85, se référant à certaines contributions doctrinales : A. ARNULL, « Private Applicants and the Action for Annulment Under Article 173 of the EC Treaty », *CML Rev.*, 1995, pp. 7-49 ; D. WAELBROECK et A.-M. VERHEYDEN, « Les conditions de recevabilité des recours en annulation

2. L'arrêt du TPICE *Jégo-Quéré*

221. Avec une diligence toute particulière soulignée par le professeur CASSIA³⁸², la première chambre élargie du TPICE³⁸³ dont les membres étaient majoritairement sensibilisés à la question des droits fondamentaux³⁸⁴ profite également du terrain favorable pour traiter une exception d'irrecevabilité opposée au recours en annulation d'une société de pêche, la société *Jégo-Quéré*. Dans cette affaire, le TPICE invite pareillement à l'élargissement de la recevabilité des particuliers, mais selon une perspective différente de celle adoptée par l'avocat général JACOBS.

222. En effet, d'une part, le Tribunal n'envisage pas de revenir sur la jurisprudence antérieure³⁸⁵ et d'autre part, il ne souhaite pas ouvrir la porte aux dérives potentielles d'une *actio popularis* en raison d'un critère de recevabilité large³⁸⁶. Au contraire, le Tribunal propose de compléter l'état de la jurisprudence de manière à solutionner le cas des justiciables face aux dispositions communautaires générales ne nécessitant aucune mesure nationale d'application. Aussi énonce-t-il :

« afin d'assurer une protection juridictionnelle effective des particuliers, une personne physique ou morale doit être considérée comme individuellement concernée par une disposition communautaire de portée générale qui la concerne directement si la disposition en question affecte, d'une manière

des particuliers contre les actes normatifs communautaires à la lumière du droit comparé et de la Convention des droits de l'homme », *op. cit.*

³⁸² P. CASSIA, « Continuité et rupture dans le contentieux de la recevabilité du recours en annulation des particuliers – À propos de l'arrêt *Jégo-Quéré* du 3 mai 2002 du Tribunal de première instance des Communautés européennes (aff. T-177/01) », *op. cit.*, p. 548.

³⁸³ Il est à noter que les juges n'ont pas estimé nécessaire de renvoyer l'affaire à la grande chambre ou à une chambre composée d'un nombre différent de juges, comme le leur permet pourtant l'article 14 §1 du règlement de procédure du TPICE du 14 mai 1991 (*JOCE* L 136 du 30 mai 1991, dernière rectification du 21.04.2004, *JOUE* L 127, 29.04.04, p. 108) : « [I]orsque la difficulté en droit ou l'importance de l'affaire ou des circonstances particulières le justifient ». À propos d'une critique discrète, voir J.-P. JACQUÉ, « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union européenne – Dialogue entre le juge et le "constituant" », *AJDA*, juin 2002, pp. 476-480, p. 479, note n° 15.

³⁸⁴ D'après les *curriculum vitae* des juges de cette 1^{ère} chambre élargie, et alors que le premier but du Conseil de l'Europe est « de défendre les droits de l'homme et la démocratie parlementaire et d'assurer la primauté du Droit » (http://www.coe.int/T/f/Com/A_propos_COE/default.asp), B. VESTERDORF est membre du comité directeur des droits de l'homme au Conseil de l'Europe (CDDH), J. AZIZI est membre du Comité directeur pour la coopération juridique au Conseil de l'Europe (CDCJ). Par ailleurs, K. LENAERTS a rédigé de nombreuses contributions relatives aux droits fondamentaux communautaires ; voir par ex. : « *Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue* », *EL Rev.*, 1991, pp. 367-390 ; « Le respect des droits fondamentaux en tant que principes constitutionnels de l'Union européenne », *op. cit.* ; « *Fundamental rights in the European Union* », *EL Rev.*, 2000, pp. 575-600.

Il semblait donc plus facile au juge rapporteur d'emporter la conviction de ses homologues.

³⁸⁵ P. CASSIA, « Continuité et rupture dans le contentieux de la recevabilité du recours en annulation des particuliers – À propos de l'arrêt *Jégo-Quéré* du 3 mai 2002 du Tribunal de première instance des Communautés européennes (aff. T-177/01) », *op. cit.*, pp. 549, 554 et 555.

³⁸⁶ Voir à ce sujet l'opinion d'une actrice dans l'ombre de l'arrêt *Jégo-Quéré*, en tant que référendaire du juge LEGAL signataire de l'arrêt : F. MALVASIO, « Note sur les arrêts du TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Cie SA c/ Commission*, aff. T-177/01, *Rec.*, p. II-2365 et de la CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677 », *AJDA*, 30 septembre 2002, pp. 867-877, p. 872.

certaine et actuelle, sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations. Le nombre et la situation d'autres personnes également affectées par la disposition ou susceptibles de l'être ne sont pas, à cet égard, des considérations pertinentes »³⁸⁷.

Le TPICE ne décide alors pas de substituer l'intérêt à agir à la qualité à agir – comme induit de la position de l'ancien avocat général JACOBS –, mais d'introduire « la condition d'intérêt à agir dans l'appréciation de la qualité individuelle pour agir »³⁸⁸. Le TPICE facilite ainsi grandement la tâche des personnes physiques ou morales souhaitant attaquer un acte général communautaire.

3. L'arrêt de la CJCE UPA

223. Cependant et contrairement aux attentes doctrinales³⁸⁹, la CJCE ne s'engagea pas dans la même voie. En fait, la Cour ne laissa pas passer l'occasion de répondre à son avocat général et, de manière incidente, au TPICE, bien que l'affaire en cause ne lui en laissait qu'une possibilité réduite. En effet, dans son arrêt *UPA* et comme le relève la doctrine³⁹⁰, la Cour n'est pas confrontée à la même question de droit que le TPICE dans l'affaire *Jégo-Quéré*, puisque la requérante ne conteste pas le défaut de qualité à agir constaté par le TPICE en première instance³⁹¹. La Cour rappelle toutefois que :

« selon le système de contrôle de la légalité mis en place par le traité, une personne physique ou morale ne peut former un recours contre un règlement que si elle est concernée non seulement directement mais également individuellement. S'il est vrai que cette dernière condition doit être interprétée à la lumière du principe d'une protection juridictionnelle effective en tenant compte des diverses circonstances qui sont de nature à individualiser un requérant [...], une telle interprétation ne saurait aboutir à écarter la condition en cause, qui est expressément prévue par le traité, sans excéder les compétences attribuées par celui-ci aux juridictions communautaires ».

En d'autres termes, la Cour estime que la juridiction communautaire ne peut pas s'affranchir d'une condition imposée par le texte dont elle relève directement. Elle rejette donc très clairement les propositions de l'avocat général JACOBS. Sa position à l'encontre

³⁸⁷ TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Cie SA c/ Commission*, aff. T-177/01, *Rec.*, p. II-2365, pt 51.

³⁸⁸ P. CASSIA, « Continuité et rupture dans le contentieux de la recevabilité du recours en annulation des particuliers... », *op. cit.*, p. 557. L'auteur considère d'ailleurs que ce serait le seul reproche à formuler à l'encontre de cet arrêt.

³⁸⁹ Voir par ex. R. MEHDI, « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'*aggiornamento* n'aura pas eu lieu », *RTDE*, 2003, pp. 23-50 ; ou encore D. WAELBROECK, « Le droit au recours juridictionnel effectif du particulier. Trois pas en avant, deux pas en arrière », *CDE*, 2002, pp. 3-8, p. 5.

³⁹⁰ D. WAELBROECK, « Le droit au recours juridictionnel effectif du particulier. Trois pas en avant, deux pas en arrière », *Ibid.*, p. 6 ; voir également P. CASSIA, « Continuité et rupture dans le contentieux de la recevabilité du recours en annulation des particuliers... », *op. cit.*, *addendum*, p. 559.

³⁹¹ CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pts 32 et 33.

du TPICE est toutefois plus implicite ; d'ailleurs, la doctrine n'y verra d'abord pas d'opposition³⁹². Pour autant, l'intention de la Cour était tacite au point que le Tribunal en prit acte, dès 2003, pour ne pas suivre le revirement *Jégo-Quéré*³⁹³. D'ailleurs, la Cour réitéra sa position³⁹⁴.

224. L'arrêt *UPA* ne doit cependant pas être envisagé comme une simple confirmation de la jurisprudence antérieure³⁹⁵. Il comporte en effet un élément porteur : si la Cour s'estime incompétente pour modifier le texte de l'article 230 TCE, elle renvoie très clairement la question aux États membres en tant qu'ils forment la « puissance constitutive » communautaire.

Dans un premier temps, elle rappelle que :

« 41 [...] il incombe aux États membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective ».

Dans un second temps, elle formule un message on ne peut plus clair :

« 45 [...] Si un système de contrôle de la légalité des actes communautaires de portée générale autre que celui mis en place par le traité originaire et jamais modifié dans ses principes est certes envisageable, il appartient, le cas échéant, aux États membres, conformément à l'article 48 UE, de réformer le système actuellement en vigueur »³⁹⁶.

Le juge rappelle donc un principe juridique essentiel : le parallélisme des procédures implique que le traité ne peut être modifié que par les États membres. La question de la recevabilité des recours en annulation intentés par les particuliers ne peut ainsi qu'être résolue par eux. Autrement dit, « [l]e problème du droit des justiciables à une protection juridictionnelle effective dans l'ordre juridique communautaire est désormais du ressort du politique »³⁹⁷.

225. Le message sera d'ailleurs entendu puisque les rédacteurs du traité établissant une Constitution pour l'Europe ont proposé de modifier la recevabilité des

³⁹² Notamment, voir P. CASSIA, « Continuité et rupture dans le contentieux de la recevabilité du recours en annulation des particuliers... », *op. cit.*, *addendum*, p. 559 ; ou encore, de manière plus dubitative, D. WAELBROECK, « Le droit au recours juridictionnel effectif du particulier... », *op. cit.*, pp. 6-7 et 8. Pour une position ultérieure contraire, voir par ex. S. PRISO-ESSAWE, « Le droit à une protection juridictionnelle effective devant les juridictions communautaires » in C. PICHERAL et H. SURREL (dir.), « Droit communautaire des droits fondamentaux – Chronique de la jurisprudence de la CJCE », *RTDH*, 2005, n° 63, pp. 649-672, pp. 658-661, p. 658.

³⁹³ TPICE, ordonnance, 21 mars 2003, *Etablissements Toulorge c/ Parlement et Conseil*, aff. T-167/02, *Rec.*, p. II-1111, pts 48 et 49.

³⁹⁴ CJCE, 1^{er} avril 2004, *Commission c/ Jégo-Quéré*, aff. C-263/02 P, *Rec.*, p. I-3425, pts 29 et 30.

³⁹⁵ Sur ce point, voir J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT, « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 4 novembre 2002, pp. 1122-1132, p. 1130.

³⁹⁶ CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677. Pour une critique des propos de la Cour, en ce qu'il semble incohérent de considérer que le « système complet des voies de recours » garantit un droit au recours efficace tout en interpellant les États membres sur l'opportunité, voire l'urgence, de modifier le traité : F. SUDRE, « "Droit au juge" et contentieux de la légalité en droit communautaire : la clé du prétoire n'est pas un passe partout », *op. cit.*, pp. 1417-1418.

³⁹⁷ F. MALVASIO, « Note sur... *Jégo-Quéré* et *UPA*... », *op. cit.*, pp. 877.

recours en annulation intentés par les particuliers, du fait d'une clarification hiérarchique distinguant les actes de nature législative d'une part, et de nature réglementaire d'autre part³⁹⁸ :

« Toute personne physique ou morale peut former [...] un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution »³⁹⁹.

Si ce texte avait été en vigueur, le requérant *Jégo-Quéré* aurait trouvé la « clé du prétoire »⁴⁰⁰ communautaire, dans la mesure où il est fort probable que la mesure aurait revêtu le costume réglementaire⁴⁰¹.

226. L'idée n'est dès lors pas de révolutionner le système contentieux communautaire. Certes, pour l'hypothèse des actes généraux sans mise en œuvre nationale, le droit maintenu par les États membres engendre une injustice. Cependant et comme le rappelle l'arrêt *UPA*, il ne faut pas en déduire que les personnes physiques ou morales sont dépourvues de toute protection juridictionnelle à l'encontre des actes généraux communautaires. Au contraire :

« le traité [...] a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions, en le confiant au juge communautaire [...]. Dans ce système, des personnes physiques ou morales ne pouvant pas [...] attaquer directement des actes communautaires de portée générale, ont la possibilité, selon les cas, de faire valoir l'invalidité de tels actes soit, de manière incidente [...] devant le juge communautaire, soit devant les juridictions nationales [...] par la voie de questions préjudicielles »⁴⁰².

En d'autres termes, le fait que la recevabilité des particuliers à intenter un recours en annulation soit limitée est compensé par l'existence d'autres voies de recours, en particulier le renvoi préjudiciel de l'article 177 devenu 234 TCE. Il est en effet logique, dans un système où les normes de concrétisation du droit communautaire revêtent une seconde qualité nationale⁴⁰³, que le juge national, certes sous le contrôle de la CJCE⁴⁰⁴, trouve un rôle à jouer dans la garantie des normes communautaires.

³⁹⁸ À propos de la nécessité d'y recourir, voir J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT, « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 4 novembre 2002, pp. 1122-1132, p. 1132.

³⁹⁹ *JOCE*, C 310 du 16 décembre 2004, pp. 1-474, article III-365, § 4.

⁴⁰⁰ J. BOULOUIS et R.-M. CHEVALLIER, *Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes*, op. cit., n° 59, p. 306.

⁴⁰¹ Voir à ce sujet J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT, « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 4 novembre 2002, pp. 1122-1132, p. 1132.

⁴⁰² CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pt 40. Pour une opinion différente, se référer à TPICE, 21 juin 2006, *Danzer c/ Conseil*, aff. T-47/02, *Rec.*, p. II-1779 ; et à É. MEISSE, « Exception de recours parallèle », *Europe*, 2006, n°s 8-9, commentaire n° 233, pp. 12-13. Cette position justifie certainement que le Tribunal entende élargir la recevabilité des recours en annulation intentés par des particuliers en se fondant sur l'intention de la Commission, et sa connaissance « que sa décision [va] affecter les requérants individuels ». Voir A. BOUVERESSE, « Recevabilité [des recours en annulation] », *Europe*, 2006, n°s 8-9, comm. n° 233, p. 11, sous TPICE, 13 juin 2006, *Boyle et autres c/ Commission*, aff. jointes T-218 à 240/03, *Rec.*, p. II-1699 ; et *Atlantean c/ Commission*, aff. T-192/03, *Rec.*, p. II-42*.

⁴⁰³ Voir *supra*, § 169.

227. La « complémentarité des voies de droit »⁴⁰⁵ communautaires et nationales devient alors essentielle à la compréhension de la mesure du droit au recours des particuliers devant la juridiction communautaire. Cette dernière s'est d'ailleurs attelée à approfondir la garantie des normes communautaires devant le juge national et, plus globalement, par l'ensemble des autorités nationales.

Seconde section. Les progrès de la garantie vis-à-vis des autorités nationales

228. Consciente de son rôle dans la caractérisation de l'Union et de la Communauté européennes de droit, la juridiction communautaire tente de développer une garantie des normes communautaires suffisamment efficace. Si, en ce qui concerne les recours intentés par les particuliers, elle est limitée par les textes dont elle tire son existence, elle dispose en revanche d'une latitude textuelle beaucoup plus grande pour approfondir la garantie des normes communautaires vis-à-vis des États membres.

229. En tant que requérants jouissant d'un droit au recours complet, les États membres disposent de droits importants au sein de l'architecture communautaire. Dès lors, il est cohérent qu'ils soient soumis à un certain nombre de devoirs corrélatifs. Notamment, puisque les États membres sont les médiateurs des particuliers dans la construction communautaire – ce qui justifie des aménagements du droit au recours au détriment de ces mêmes particuliers –, l'intégrité de l'engagement communautaire implique que les États assument correctement ce rôle en vertu du devoir de loyauté induit de l'article 5 du traité CEE, devenu l'article 10 TCE. Ils doivent en particulier permettre aux personnes physiques ou morales de contester le droit communautaire ou, au contraire, sa mauvaise application nationale.

230. Si les États membres avaient aisément accepté d'ouvrir le prétoire national à la critique du droit communautaire, il n'en était pas de même pour la contestation de la mauvaise application nationale du droit communautaire. Les affaires *Van Gend en Loos* et *Costa c/ ENEL* en constituent certainement les premiers témoignages : les États s'opposaient à la compétence de la CJCE pour traiter les questions préjudicielles en cause⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ À propos du « principe de coopération loyale énoncé à l'article 5 du traité » imposant aux juridictions nationales « dans toute la mesure du possible, d'interpréter et d'appliquer les règles internes de procédure gouvernant l'exercice des recours d'une manière qui permet aux personnes physiques et morales de contester en justice la légalité de toute décision ou de toute autre mesure nationale relative à l'application à leur égard d'un acte communautaire de portée générale, en excipant de l'invalidité de ce dernier », voir CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pt 42.

⁴⁰⁵ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., § 430, pp. 542-543. Voir, par ex., CJCE, 2 avril 1998, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) e.a. c/ Commission*, aff. C-321/95 P, *Rec.*, p. I-1651, pts 32 et 33.

⁴⁰⁶ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos c/ Administratie der Belastingen*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3, pp. 21-22 ; et 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141, pp. 1157-1158.

231. Pour autant, la CJCE devait rechercher à promouvoir l'effectivité de la garantie des normes communautaires vis-à-vis des États membres. En effet, le souci de conférer l'efficacité nécessaire au droit communautaire pour son existence⁴⁰⁷ se conjugait ensuite certainement avec la volonté de permettre aux particuliers de jouer un rôle communautaire, alors même que leur droit au recours était circonscrit par les nouvelles dispositions du traité de Rome. Le juge national devenait donc le vecteur indispensable du contrôle de la bonne application du droit communautaire par les autorités nationales.

232. Les États membres devinrent ainsi responsables de leur comportement communautaire devant leurs propres juridictions, alors même qu'ils l'étaient déjà devant la CJCE en cas de manquement au droit communautaire. Le développement de cette responsabilité pour violation du droit communautaire devant le juge national (§1) impliquait en conséquence, dans un souci d'équilibre des procédures, le renforcement de la responsabilité devant la juridiction communautaire (§2).

§1. La responsabilité élargie pour violation du droit communautaire

233. Tout comme pour les structures étatiques⁴⁰⁸, le principe d'irresponsabilité n'est pas compatible avec une Union ou une Communauté de droit⁴⁰⁹. Les traités organisent ainsi une procédure par laquelle il est possible de mettre en jeu la responsabilité des acteurs du droit communautaire : il s'agit des articles 178 devenu 235, et 215 devenu 288, deuxième alinéa, TCE.

234. Le recours en responsabilité extra-contractuelle du fait des institutions communautaires n'est cependant pas une procédure favorable aux particuliers : ses conditions apparaissent bien souvent trop restrictives⁴¹⁰ au point, d'ailleurs, que la doctrine soulève la dualité de traitement de la responsabilité des institutions d'une part, et des États membres d'autre part⁴¹¹. Ce phénomène s'explique certainement par la volonté de tenir compte du rôle fondamental, quoique trop souvent négligé⁴¹², des États dans la

⁴⁰⁷ Voir *supra*, §§ 96 à 100.

⁴⁰⁸ Par ex., voir P. PESCATORE, « La légitimité du juge en régime démocratique », *Commentaire*, 2000, pp. 339-349, p. 344 ; ou encore M. de VILLIERS (dir.), *Droit public général*, *op. cit.*, § 434.

⁴⁰⁹ *A contrario*, voir S. GROSSRIEDER TISSOT, « La responsabilité de la Communauté européenne du fait de l'activité normative de la Commission », *RTDE*, 2001, pp. 91-121, p. 91.

⁴¹⁰ Voir à ce sujet R. MEHDI, « L'ordre juridique communautaire : structures et principes » in L. DUBOIS (dir.), *Les notices de l'Union européenne*, *op. cit.*, notice n° 3, pp. 31-44, pp. 42 et 43.

⁴¹¹ Voir sur cette question S. GROSSRIEDER TISSOT, « La responsabilité de la Communauté européenne du fait de l'activité normative de la Commission », *op. cit.*, p. 120.

⁴¹² Comme le rappelait J. DELORS dans une intervention radiophonique, « il faut commencer par arrêter de dire "Bruxelles a décidé..." car ce sont les ministres des pays qui le font », et « on tape sur les technocrates qui bien souvent ne peuvent pas répondre ». Intervention du dimanche 25 février 2001, sur *Europe 1*, dans l'émission *C'est arrivé demain*, présentée par A. CHABAUD, de 9 à 10h.

prise de décision communautaire. De toute façon, la plupart des actes communautaires sont mis en œuvre par les autorités nationales⁴¹³. La CJCE a donc logiquement cherché à rendre effective la responsabilité de l'État pour son application du droit communautaire et devant les juges nationaux, c'est-à-dire au sein de la sphère de *communautarité* surjective. La reconnaissance audacieuse de la responsabilité de l'État législateur (A), prolongée récemment par l'extension de cette responsabilité étatique à l'activité juridictionnelle (B), l'illustre tout particulièrement.

A. La reconnaissance audacieuse de la responsabilité de l'État législateur

235. Puisque le droit communautaire est d'effet direct primant⁴¹⁴, l'État membre ne peut pas se dérober à ses obligations communautaires face à ses nationaux. Pour cette raison, ces derniers sont en droit d'invoquer le droit communautaire et d'exiger sa bonne application devant leur juge national, partenaire de la juridiction communautaire⁴¹⁵. Dans cette logique, la CJCE a développé la responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Ce développement doit, en fait, être envisagé en deux temps : d'abord au sein de la sphère de *communautarité* endogène, puis au sein de la *communautarité* surjective.

236. Dans un premier temps, la CJCE reconnaît une telle responsabilité, mais « de façon relativement allusive »⁴¹⁶. En effet, dès 1960, elle déclare que :

« si la Cour constate dans un arrêt qu'un acte législatif ou administratif émanant des autorités d'un État membre est contraire au droit communautaire, cet État est obligé, en vertu de l'article 86 du traité CECA, aussi bien de rapporter l'acte dont il s'agit que de réparer les effets illicites qu'il a pu produire ; que cette obligation résulte du traité et du protocole qui ont force de loi dans les États membres à la suite de leur ratification et qui l'emportent sur le droit interne »⁴¹⁷.

Non seulement cet arrêt concerne la responsabilité de l'État sous l'empire du traité CECA – bien que l'on puisse penser que la CJCE s'inspirerait de la même logique pour ce qui concerne les autres traités communautaires –, mais encore ces considérations n'évoquent la responsabilité de l'État que devant la juridiction communautaire. Aussi restera-t-il « longtemps inaperçu »⁴¹⁸. Certes, l'affaire *Russo* permettrait à la CJCE de conférer au juge national la caractérisation du préjudice éventuel dans le cadre du traité

⁴¹³ Voir à ce sujet C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., § 696, p. 413.

⁴¹⁴ Voir, *supra* §§ 82 et s., à propos de CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos c/ Administratie der Belastingen*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3 et 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141.

⁴¹⁵ CJCE, 9 mars 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ SA Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, p. 629, pt 24.

⁴¹⁶ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., § 338, p. 428.

⁴¹⁷ CJCE, 16 décembre 1960, *Jean-E. Humblet c/ État belge*, aff. 6/60, *Rec.*, p. 1125, p. 1146.

⁴¹⁸ G. VANDERSANDEN, « Droit communautaire » in G. VANDERSANDEN et M. DONY (dir.), *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire – Études de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 413 p., pp. 5-61, p. 15.

de Rome, et la responsabilité consécutive de l'État « dans le cadre des dispositions du droit national »⁴¹⁹. Cependant, cette affirmation n'avait aucune portée pratique sur l'affaire, la Cour ayant elle-même préalablement considéré qu'il n'y avait pas de préjudice en l'espèce⁴²⁰. Cette affaire ne retint donc pas vraiment l'attention.

237. Dans un second temps toutefois et de manière assez inattendue⁴²¹, la CJCE bouleverse le droit de la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire par un arrêt devenu de principe. Dans l'affaire *Francovich*, la CJCE proclame en effet « qu'un État membre est obligé de réparer les dommages découlant pour les particuliers de la non-transposition » d'une directive dont les dispositions n'étaient pas directement applicables par le juge national⁴²². Ensuite, dans l'affaire *Brasserie du Pêcheur et Factortame III*, elle précise que ce « principe est valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire par un État membre, et ce quel que soit l'organe de l'État membre dont l'action ou l'omission est à l'origine du manquement ». Dès lors, il « est applicable lorsque le manquement reproché est attribué au législateur national »⁴²³.

238. La doctrine ne manquera pas de commenter cette « nouvelle étape fondamentale des relations entre le droit communautaire et le droit national »⁴²⁴, tentant de comprendre les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité⁴²⁵ finalement assez comparables à celles de la responsabilité extra-contractuelle des institutions

⁴¹⁹ CJCE, 22 janvier 1976, *Carmine Antonio Russo c/ Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo (AIMA)*, aff. 60/75, *Rec.*, p. 45, pts 8 et 9.

⁴²⁰ *Ibid.*, pt 6.

⁴²¹ La Cour avait rendu en effet quelques mois auparavant un arrêt dans lequel elle demeurait également timorée : CJCE, 12 juillet 1990, *A. Foster et autres c/ British Gas plc*, aff. C-188/89, *Rec.*, p. I-3313, pt 22.

⁴²² CJCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres c/ République italienne*, aff. jointes C-6 et 9/90, *Rec.*, p. I-5357, pt 46.

⁴²³ Pour les deux citations, CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c/ Bundesrepublik Deutschland et The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame Ltd et autres*, aff. jointes C-46 et 48/93, *Rec.*, p. I-1029, resp. pt 32 et 1) du dispositif.

⁴²⁴ G. VANDERSANDEN et M. DONY (dir.), *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire...*, *op. cit.*, résumé de la couverture.

⁴²⁵ CJCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres c/ République italienne*, aff. jointes C-6 et 9/90, *Rec.*, p. I-5357, pt 40 : « La première de ces conditions est que le résultat prescrit par la directive comporte l'attribution de droits au profit de particuliers. La deuxième condition est que le contenu de ces droits puisse être identifié sur la base des dispositions de la directive. Enfin, la troisième condition est l'existence d'un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées ».

communautaires⁴²⁶. Certaines réflexions préfigureront d'ailleurs l'extension ultérieure de la responsabilité de l'État du fait de ses juridictions⁴²⁷.

B. L'extension novatrice de la responsabilité de l'État du fait de ses juridictions

239. Dans la logique du développement de la responsabilité de l'État au sein de la sphère de *communautarité* surjective, la CJCE a en effet récemment étendu la responsabilité de l'État membre à l'activité de ses juridictions. Dans une affaire *Köbler*, le juge considère ainsi que :

« Le principe selon lequel les États membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables est également applicable lorsque la violation en cause découle d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort, dès lors que la règle de droit communautaire violée a pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation est suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi par les personnes lésées »⁴²⁸.

En conséquence, un particulier peut dorénavant prétendre à une indemnisation lorsque ses droits communautaires ont subi une violation suffisamment caractérisée du fait d'une décision de justice nationale, y compris de dernier ressort. Le principe (1) comme la portée (2) de cette jurisprudence sont particulièrement novateurs.

1. Le principe de la jurisprudence *Köbler*

240. Comme le révèle déjà la réunion en formation plénière de la Cour⁴²⁹, la question soumise à cette dernière était particulièrement difficile : il s'agissait non seulement de poser le principe de la responsabilité de l'État du fait de ses juridictions – à vrai dire déjà déductible de la jurisprudence *Brasserie du Pêcheur et Factortame III*

⁴²⁶ Voir, parmi de nombreuses contributions, O. DUBOS, « Le principe de la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire (à propos de récents arrêts de la Cour de justice relatifs à la responsabilité du législateur) », *RAE*, 1997, pp. 209-225 ; ou encore M. WATHELET et S. Van RAEPENBUSCH, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse », *CDE*, 1997, pp. 13-63. À propos de réflexions disposant de plus de recul, se référer à J.-N. BILLARD, « L'exigence de transgression d'une norme protectrice des particuliers - principe énigmatique du droit de la responsabilité extra-contractuelle des Communautés européennes » in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, 720 p., pp. 625-649.

⁴²⁷ Voir à ce sujet D. BLANCHET, « L'usage de la théorie de l'acte clair en droit communautaire : une hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de l'État français du fait de la fonction juridictionnelle ? », *RTDE*, 2001, pp. 397-438.

⁴²⁸ CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c/ Autriche*, aff. C-224/01, *Rec.*, p. I-10239, dispositif, 1).

⁴²⁹ Voir à ce sujet D. SIMON, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême (À propos de l'arrêt *Köbler*, CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-224/01 », *Europe*, 2003, n° 11, pp. 3-6, p. 3.

précitée⁴³⁰ –, mais encore d'y inclure l'activité juridictionnelle de dernier ressort, c'est-à-dire devenue définitive⁴³¹. Autrement dit, la Cour devait faire face à une réflexion « très délicate notamment en raison de l'indépendance des autorités juridictionnelles et du principe de l'autorité de chose jugée »⁴³².

241. La CJCE choisit en fait de se placer sur le terrain d'une définition stricte de l'autorité de chose jugée en estimant que :

« Une procédure visant à engager la responsabilité de l'État n'a pas le même objet et n'implique pas nécessairement les mêmes parties que la procédure ayant donné lieu à la décision ayant acquis l'autorité de la chose définitivement jugée »⁴³³.

Au regard des considérations étatiques reflétant une définition large de l'autorité de chose jugée, ce choix était manifestement discutable⁴³⁴, surtout que la Cour n'a pas répondu à l'ensemble des arguments des États membres intervenus dans l'instance⁴³⁵, quoiqu'ils aient souvent été peu convaincants⁴³⁶.

242. Certes, la juridiction communautaire nous a habitués à développer des concepts autonomes. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence *Köbler* soulève des difficultés pratiques et théoriques importantes. D'une part, il ne sera pas facile pour les États d'instituer une juridiction capable de désavouer ses homologues⁴³⁷. D'autre part, la Cour de justice initie un mouvement de remise en cause de « l'autorité générale de la décision de justice en tant que telle, comme expression d'une vérité légale incontestable »⁴³⁸ alors même qu'elle n'en tire pas les conséquences logiques pour l'espèce.

⁴³⁰ Voir par ex. F. MICHÉA, « Responsabilité de l'État membre du fait de l'activité de ses juridictions suprêmes » in « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *RJS*, 2004, n° 1, pp. 12-17, p. 12.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 4.

⁴³² J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT, « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 24 novembre 2003, pp. 2146-2155, p. 2146.

⁴³³ CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c/ Autriche*, aff. C-224/01, *Rec.*, p. I-10239, pt 39.

⁴³⁴ Voir à ce sujet J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT, « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 24 novembre 2003, pp. 2146-2155, p. 2147.

⁴³⁵ Voir sur cette question Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, « Autorité de la chose jugée et primauté du droit communautaire », *RFDA*, 2005, pp. 473-482, pp. 476 et 479.

⁴³⁶ Voir à ce sujet F. MICHÉA, « Responsabilité de l'État membre du fait de l'activité de ses juridictions suprêmes », *op. cit.*, § 7, p. 13.

⁴³⁷ Voir sur cette question F. MICHÉA, « Responsabilité de l'État membre du fait de l'activité de ses juridictions suprêmes », *op. cit.*, § 8, p. 13 ; ou encore J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT, « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 24 novembre 2003, pp. 2146-2155, p. 2147.

⁴³⁸ Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, « Autorité de la chose jugée et primauté du droit communautaire », *op. cit.*, p. 479.

2. La portée de la jurisprudence *Köbler*

243. Si la CJCE fait preuve d'une étonnante mansuétude au bénéfice du Tribunal administratif suprême autrichien – le *Verwaltungsgerichtshof* – ⁴³⁹, elle pose la première pierre d'une série d'arrêts tendant à relativiser l'autorité de chose jugée en cas de contrariété de la décision adoptée avec le droit communautaire.

244. En premier lieu, elle tire les conséquences de son arrêt *Köbler* pour considérer que, au sein de la sphère de *communautarité* endogène, le manquement d'un État membre peut être caractérisé par une interprétation et une application erronée d'une disposition nationale « par l'administration et une part significative des juridictions, y compris la *Corte suprema di cassazione* » italienne⁴⁴⁰. Les juridictions nationales même suprêmes sont donc désormais susceptibles d'engager la responsabilité de l'État devant la juridiction communautaire pour manquement. Aussi les États ne peuvent-ils plus se dérober à la menace d'un manquement par l'invocation du respect de leurs juridictions suprêmes⁴⁴¹. Ils ne peuvent pas non plus se retrancher derrière une législation qui limiterait, au sein de la sphère de *communautarité* surjective, la mise en jeu de leur responsabilité du fait de leurs juridictions uniquement aux cas du dol ou de la faute grave du juge. En ce sens, l'arrêt *Traghetti del Mediterraneo SpA* précise :

« Le droit communautaire s'oppose à une législation nationale qui exclut, de manière générale, la responsabilité de l'État membre pour les dommages causés aux particuliers du fait d'une violation du droit communautaire imputable à une juridiction statuant en dernier ressort au motif que la violation en cause résulte d'une interprétation des règles de droit ou d'une appréciation des faits et des preuves effectuées par cette juridiction.

Le droit communautaire s'oppose également à une législation nationale qui limite l'engagement de cette responsabilité aux seuls cas du dol ou de la faute grave du juge, si une telle limitation conduisait à exclure l'engagement de la responsabilité de l'État membre concerné dans d'autres cas où une méconnaissance manifeste du droit applicable, telle que précisée aux points 53 à 56 de l'arrêt du 30 septembre 2003, *Köbler* (C-224/01), a été commise »⁴⁴².

En second lieu, dans l'affaire *Kühne & Heitz*, la CJCE considère qu'une personne publique ne peut se retrancher derrière le principe de l'autorité de chose jugée pour refuser d'exercer son pouvoir de revenir sur une décision administrative « devenue définitive en conséquence d'un arrêt d'une juridiction nationale statuant en dernier

⁴³⁹ CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c/ Autriche*, aff. C-224/01, *Rec.*, p. I-10239, pt 124 et dispositif, 3) : si la violation existe, elle n'est pas manifeste. Pour une critique, voir D. SIMON, « La responsabilité des États membres en cas de violation... », *op. cit.*, p. 6.

⁴⁴⁰ CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-129/00, *Rec.*, p. I-14637, dispositif, 1).

⁴⁴¹ Voir à ce sujet Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, « Première consécration expresse du principe de la responsabilité de l'État membre pour les jurisprudences de ses cours suprêmes dans le cadre de l'article 226 CE – Note sous l'arrêt de la CJCE du 9 décembre 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-129/00 », *RTDE*, 2004, pp. 208-215, p. 215.

⁴⁴² CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA c/ Repubblica italiana*, aff. C-173/03, *Rec.*, p. I-5177, pt 46. À ce sujet, se reporter à D. SIMON, « Consolidation de la responsabilité des États membres du fait des violations imputables aux juridictions nationales », *Europe*, 2006, n^{os} 8-9, comm. n^o 232, pp. 9-11.

ressort »⁴⁴³, alors qu'une « interprétation préjudicielle ultérieure a révélé la contrariété avec le droit communautaire »⁴⁴⁴. Ainsi une décision juridictionnelle n'apparaissait devenir définitive que pour autant qu'elle restait compatible avec le droit communautaire non seulement actuel, mais aussi à venir. Certes, la Cour, selon une interprétation ultérieure⁴⁴⁵, entendait que la lecture de cette jurisprudence *Kühne & Heitz* soit combinée avec celle de l'arrêt *Köbler*, préservant l'essence du principe de l'autorité de chose jugée⁴⁴⁶. Pour autant, une telle interprétation était loin d'être évidente puisque la Cour elle-même ne l'exprimait pas⁴⁴⁷. L'ambiguïté était en tout cas suffisamment forte et perdura suffisamment longtemps pour générer des inquiétudes profondes à l'encontre du principe de l'autorité de chose jugée.

En somme, en quelques mois, la CJCE renforce la responsabilité de l'État membre pour son application du droit communautaire, en développant la soumission du juge national à sa jurisprudence. Autrement dit, si elle conditionne l'autorité de chose jugée nationale à la primauté du droit communautaire, elle participe avant tout à la promotion de l'autorité de sa propre jurisprudence⁴⁴⁸.

245. Une telle démarche constructive ne peut être anodine. Certes, les juridictions nationales, notamment françaises, avaient pu anticiper un tel phénomène⁴⁴⁹. Toutefois, cette démarche dépasse le strict cadre de la responsabilité de l'État.

Comme le rappellent certains auteurs particulièrement bien avisés, la jurisprudence *Köbler* incite fortement les juges nationaux de dernier ressort à recourir à la question préjudicielle⁴⁵⁰. À défaut, ils prennent le risque d'engager la responsabilité de l'État. La CJCE apporte alors une sanction au défaut de recours préjudiciel⁴⁵¹, coupant ainsi court aux principales critiques tendant à dénoncer les lacunes du système contentieux communautaire. Alors même qu'il était déprécié pour son caractère

⁴⁴³ CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV c/ Productschap voor Pluimvee en Eieren*, aff. C-453/00, *Rec.*, p. I-837, dispositif, 2^{ème} tiret.

⁴⁴⁴ Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, « Autorité de la chose jugée et primauté du droit communautaire », *op. cit.*, p. 476.

⁴⁴⁵ La Cour réinterpréta en effet ses propos exprimés au sein de la jurisprudence *Kühne & Heitz* dans un arrêt *Rosmarie Kapferer* : CJCE, 16 mars 2006, *Rosmarie Kapferer c/ Schlank & Schick GmbH*, aff. C-234/04, *Rec.*, p. I-2585, pts 20 à 23 et leur conclusion pt 24 : « le principe de coopération découlant de l'article 10 CE n'impose pas à une juridiction nationale d'écarter des règles de procédure internes afin de réexaminer une décision judiciaire passée en force de chose jugée et de l'annuler, lorsqu'il apparaît qu'elle est contraire au droit communautaire ».

⁴⁴⁶ CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c/ Autriche*, aff. C-224/01, *Rec.*, p. I-10239, pt 38.

⁴⁴⁷ L'arrêt *Kühne & Heitz* ne fait effectivement aucunement référence à la jurisprudence *Köbler*.

⁴⁴⁸ Voir à ce sujet F. MICHÉA, « Responsabilité de l'État membre du fait de l'activité de ses juridictions suprêmes », *op. cit.*, § 18, p. 16.

⁴⁴⁹ Cass. com. 21 février 1995, *United Distillers John Walker et Tanqueray Gordon c/ Agent judiciaire du Trésor public et Ministère de la justice*, pourvoi n° 93-15387, *Bulletin*, IV, n° 52, p. 50 ; CE, 28 juin 2002, *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ Magiera*, req. n° 239575, *Rec.*, p. 247, *AJDA* 2002.596 chron. Donnat et Casas.

⁴⁵⁰ Voir à ce sujet J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT, « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 24 novembre 2003, pp. 2146-2155, p. 2147.

⁴⁵¹ Voir sur cette question A.-S. BOTELLA, « La responsabilité du juge national », *RTDE*, 2004, pp. 283-315, p. 315.

aléatoire⁴⁵², le recours préjudiciel perd son caractère facultatif et devient ainsi à même de jouer un contrepoids efficace à l'absence de recours direct des particuliers devant la juridiction communautaire pour les mesures nationales d'application du droit communautaire.

En outre, la Cour poursuit implicitement l'œuvre entreprise dans son arrêt *UPA* : si elle renvoie aux États membres la responsabilité de la détermination d'un système contentieux efficace, elle appelle au point subséquent les juridictions nationales à :

« interpréter et [...] appliquer les règles internes de procédure gouvernant l'exercice des recours d'une manière qui permet aux personnes physiques et morales de contester en justice la légalité de toute décision ou de toute autre mesure nationale relative à l'application à leur égard d'un acte communautaire de portée générale, en excipant de l'invalidité de ce dernier »⁴⁵³.

Les interrogations doctrinales tendant à mettre en doute l'efficacité de cet appel au juge national en l'absence de sanction⁴⁵⁴ trouvent donc une issue dans la saga initiée par la jurisprudence *Köbler*.

246. Cependant, l'arrêt *UPA* était conçu pour ne pas avoir de suite jurisprudentielle ; la « puissance constitutive » communautaire devait prendre le relais⁴⁵⁵. Le *traité établissant une Constitution pour l'Europe* fut effectivement remis au Conseil européen le 18 juillet 2003 à Rome mais, faute de consensus étatique, le texte ne suscita aucune initiative.

Étant de nouveau confrontée à l'absence de projet politique, la CJCE semble alors avoir décidé de reprendre sa construction prétorienne du système contentieux communautaire. De septembre 2003 à janvier 2004, elle s'avance sur le terrain de la primauté de sa jurisprudence sur les juridictions nationales, *via* différents fondements. Il s'agit certainement pour elle d'apporter aux particuliers des garanties quant à la protection de leurs droits communautaires au sein de la sphère de *communautarité* surjective. Elle choisit cependant de ne pas bousculer les juridictions nationales en faisant preuve d'une certaine latitude aux allures pédagogiques : il s'agit en effet de ne pas générer d'attitudes réactionnaires alors qu'il est encore possible d'espérer une relance du processus constituant⁴⁵⁶.

⁴⁵² Voir à ce sujet L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., § 684, pp. 543-544. Voir également F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003, 1136 p., §§ 149-150, pp. 142-144.

⁴⁵³ CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pt 42.

⁴⁵⁴ Voir à ce sujet F. MARIATTE, « Qui protège les personnes physiques ou morales contre les actes communautaires de portée générale ? », *Gazette du Palais*, juillet-août 2003, pp. 2111-2132, §§ 48-49, pp. 2127-2128.

⁴⁵⁵ Voir *supra*, §§ 224 et 225.

⁴⁵⁶ D. SIMON évoque en effet le risque de réactions étatiques, à l'image du *Mémoire britannique sur la responsabilité des États membres* du 23 juillet 1996 présenté à la CIG 1996, CONF 3383/96 du fait des développements jurisprudentiels *Brasserie du Pêcheur* et *Factortame III* précités : « La responsabilité des États membres en cas de violation... », op. cit., p. 6.

Cette relance aura d'ailleurs lieu sous l'influence du nouveau gouvernement espagnol⁴⁵⁷ : le traité établissant une Constitution pour l'Europe sera approuvé par les États membres dans sa version définitive lors du Conseil européen de Bruxelles des 17 et 18 juin 2004. La CJCE, particulièrement entreprenante depuis quelques mois, semble alors s'être abstenue de toute audace prétorienne, au moins jusqu'à la deuxième fin annoncée du traité établissant une Constitution pour l'Europe du fait de son rejet par le peuple français le 29 mai 2005, puis par le peuple néerlandais le 1^{er} juin 2005. Elle retrouvera ensuite son élan pour approfondir son contrôle du manquement au droit communautaire.

247. Ces concordances conjoncturelles ne peuvent plus être le fruit du hasard : la CJCE a voulu développer la garantie des normes communautaires de manière à faire évoluer la protection des droits des particuliers. Puisqu'elle est limitée par le texte dont elle procède et en l'absence d'initiative politique, elle ne pouvait qu'apporter des solutions complémentaires. S'il lui est légitimement impossible de favoriser les recours des particuliers devant elle, elle pouvait toutefois renforcer les exigences à l'encontre des États membres. L'effet sur les particuliers n'en est pour autant pas moins évident : ils disposent désormais d'une certaine assurance que leur juge national ne méprisera pas, voire plus, leurs revendications d'origine communautaire. Le phénomène semble d'autant plus manifeste qu'il se conjugue avec l'approfondissement concomitant du contrôle de la CJCE du manquement étatique au droit communautaire.

§2. La responsabilité approfondie pour manquement au droit communautaire

248. En vertu des articles 169 et 170 devenus 226 et 227 TCE, chaque État membre peut être mis en cause devant la CJCE, par respectivement la Commission ou un autre État membre, pour ne pas avoir respecté ses engagements communautaires. Ce recours en constatation de manquement ou recours en manquement, certes original, n'a d'abord connu que peu de développements notables. S'il est vrai que la CJCE l'a « peu à peu orienté vers un véritable contrôle de légalité des actes étatiques »⁴⁵⁸, ce recours demeure une voie sans sanction juridique, en ce que la juridiction communautaire ne peut ni annuler l'acte national, objet du recours, ni au contraire prescrire un comportement par injonction⁴⁵⁹. Aussi la doctrine assiste-t-elle à une certaine « marginalisation du recours en manquement »⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ La polémique autour des attentats de Madrid du 11 mars 2004 influença les élections législatives du 15 mars de la même année : J.L. Rodriguez ZAPATERO arriva au pouvoir. Étant favorable à l'approfondissement de la construction communautaire – au contraire de son prédécesseur J.M. AZNAR –, il contribua à relancer le processus constituant communautaire.

⁴⁵⁸ F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, op. cit., § 29, p. 35.

⁴⁵⁹ C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., § 708, p. 419.

⁴⁶⁰ F. BERROD, *La systématique des voies de droit de droit communautaires*, op. cit., §§ 102-107, pp. 105-110. À propos d'une vision assez critique d'une « procédur[e] devenu[e] souvent très mécaniqu[e] et parfois inapproprié[e] », se référer à J.-P. PUISSOCHET, « L'action en manquement peut-elle encore se parer de ses justes vertus ? » in *Une communauté de droit – Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BMW, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, 648 p., pp. 569-580.

249. Le constat ne pouvait qu'être plus marqué face au recours en manquement sur manquement. L'article 171 devenu 228 TCE permet effectivement à la Commission de surveiller le suivi d'une condamnation pour manquement d'un État membre par la CJCE et, si besoin est, de recourir une nouvelle fois au juge. Sa pratique révélait en fait une efficacité douteuse puisque, dans une affaire de 1996, la CJCE n'avait que constaté le non-respect par la France d'un arrêt de manquement pourtant vieux de plus de vingt ans⁴⁶¹. Cette procédure semblait dès lors fort peu performante. Pourtant, l'article 228-2 alinéa 3 TCE recelait une ressource inexploitée : la possibilité du prononcé notamment d'astreinte. Soucieuse de développer la garantie des normes communautaires par son contrôle des États membres, la CJCE décidait toutefois de donner corps à cette disposition. Sa nouvelle mise en œuvre du recours en manquement sur manquement (A) devait en outre aboutir à une application jurisprudentielle des plus spectaculaires (B).

A. La mise en œuvre nouvelle du recours en manquement sur manquement

250. Alors que les possibilités de sanction politique vis-à-vis d'un État violant les principes fondateurs de l'Union européenne venaient d'être particulièrement renforcées⁴⁶², la CJCE décida dans une affaire dite « des déchets grecs »⁴⁶³ de raffermir la portée de son contrôle en manquement sur manquement par l'application nouvelle de sanctions. Pour ce faire, elle choisit de mettre en œuvre pour la première fois les dispositions de l'article 228-2 alinéa 3 TCE. Celui-ci prévoit en effet :

« Si la Cour de justice reconnaît que l'État membre concerné ne s'est pas conformé à son arrêt, elle peut lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte ».

251. Pour n'avoir ni prévu, ni mis en œuvre les mesures nécessaires à l'élimination des déchets et des déchets toxiques et dangereux comme le lui avait demandé la CJCE dans son arrêt de manquement de 1992⁴⁶⁴, la Grèce fut condamnée pour manquement sur manquement. De manière à rendre effective une telle condamnation, la Commission demandait à la Cour de prononcer des astreintes. La Cour décida de suivre les propositions de la Commission, telles qu'élaborées selon des méthodes de calcul prévues par elle⁴⁶⁵. La Cour approuva globalement ces méthodes, bien qu'elle ne s'estimait pas liée par les propositions de la Commission⁴⁶⁶ : la Grèce fut

⁴⁶¹ CJCE, 7 mars 1996, *Commission c/ France*, aff. C-334/94, *Rec.*, p. I-1307, pt 32, à propos d'un arrêt de constatation de manquement de la CJCE du 4 avril 1974, *Commission c/ France*, aff. 167/73, *Rec.*, p. 359.

⁴⁶² Le traité d'Amsterdam organisant la sanction politique de l'article 7 TUE est entré en vigueur le 1^{er} mai 1999.

⁴⁶³ CJCE, 4 juillet 2000, *Commission c/ Grèce*, aff. 387/97, *Rec.*, p. I-5047.

⁴⁶⁴ CJCE, 7 avril 1992, *Commission c/ Grèce*, aff. C-45/91, *Rec.* p. I-2509.

⁴⁶⁵ Communications de la Commission 96/C 242/07, du 21 août 1996, concernant la mise en œuvre de l'article 171 du traité (*JOCE* C 242, p. 6) ; et 97/C 63/02, du 28 février 1997, concernant la méthode de calcul de l'astreinte prévue à l'article 171 du traité CE (*JOCE* C 63, p. 2). Voir CJCE, 7 avril 1992, *Commission/Grèce*, aff. C-45/91, *Rec.* p. I-2509, pt 79.

⁴⁶⁶ CJCE, 7 avril 1992, *Commission c/ Grèce*, aff. C-45/91, *Rec.* p. I-2509, pts 85 à 98, spéc. pt 89.

condamnée au paiement d'« une astreinte de 20 000 euros par jour de retard dans la mise en oeuvre des mesures nécessaires pour se conformer à l'arrêt Commission/Grèce, précité, à compter du prononcé du présent arrêt et jusqu'à exécution de l'arrêt Commission/Grèce, précité »⁴⁶⁷.

252. Si les principes qui permettaient d'aboutir à la détermination de cette sanction étaient connus, les modalités de calcul restaient latentes. Certes, la Cour reprit à son compte la volonté de se fonder sur trois critères : « la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci et la nécessité d'assurer l'effet dissuasif de la sanction elle-même pour faire cesser l'infraction et éviter les récidives »⁴⁶⁸ ; s'y ajoutait le souci d'adapter la sanction aux spécificités de l'État – notamment sa capacité de paiement – par la prise en considération « à la fois du produit intérieur brut de l'État membre concerné et du nombre de voix dont il dispose au Conseil »⁴⁶⁹. Toutefois, les variables mathématiques utilisées pour le calcul pratique n'étaient qu'évoquées – « un forfait de base uniforme, un coefficient de gravité, un coefficient de durée, ainsi qu'un facteur destiné à refléter la capacité de paiement de l'État membre »⁴⁷⁰ – rendant la compréhension du montant appliqué à l'espèce assez obscure. En tout cas, ce manque de précision ne permettait assurément pas aux États de prendre la mesure des potentialités de cette nouvelle mise en oeuvre des sanctions du manquement sur manquement.

253. Certainement motivée par la mise à l'écart, en juillet 2003, du traité établissant une Constitution pour l'Europe pourtant prometteur pour la garantie des normes communautaires, la CJCE décide de relancer sa construction prétorienne. Elle renforce non seulement la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire devant les juridictions nationales, mais aussi la portée de son contrôle du manquement sur manquement. En effet, dans un arrêt du 25 novembre 2003, elle sanctionne l'Espagne pour ne pas s'être conformée à son arrêt de constatation de manquement à la réglementation communautaire relative à la qualité des eaux de baignade⁴⁷¹, et la condamne à une astreinte de « 624 150 euros par an et pour 1 % de zones de baignade dans les eaux intérieures espagnoles dont la non-conformité avec les valeurs limites fixées en vertu de la directive aura été constatée pour l'année en question, à compter de la constatation de la qualité des eaux de baignade atteinte lors de la première saison balnéaire suivant le prononcé du présent arrêt jusqu'à l'année au cours de laquelle aura lieu la pleine exécution de l'arrêt Commission/Espagne, précité »⁴⁷².

254. Cette jurisprudence témoigne d'une recherche d'efficience toute particulière. Le simple fait que l'astreinte soit rapportée à 1% des eaux de baignade permettra une adaptabilité automatique de la sanction : les efforts de l'État dont on

⁴⁶⁷ CJCE, 4 juillet 2000, *Commission c/ Grèce*, aff. 387/97, *Rec.*, p. I-5047, pt 99.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, pt 85.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, pt 88.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, pt 86.

⁴⁷¹ CJCE, 12 février 1998, *Commission c/ Espagne*, aff. C-92/96, *Rec.*, p. I-505.

⁴⁷² CJCE, 25 novembre 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-278/01, *Rec.*, p. I-14141, pt 62.

imagine aisément que les effets ne pourront pas être absolus et généralisés de suite seront ainsi pris en compte. En outre et peut-être surtout, la CJCE délivre le détail des modalités de calcul de l'astreinte. Une lecture combinée de plusieurs points de l'arrêt⁴⁷³ permet de relever l'existence :

- du montant de base de 500 euros ;
- d'un coefficient pour la capacité de paiement encore obscur ;
- d'un coefficient pour la gravité de l'infraction entre 1 et 20 ;
- et d'un coefficient pour la durée de l'infraction entre 1 et 3.

En l'espèce, la capacité de paiement est évaluée à 11.4, la gravité de l'infraction à 4 et sa durée à 1.5 ; la Cour aboutit ainsi à un montant de 34 200 euros par jour.

255. S'il n'était pas en soi surprenant que le montant de base de l'astreinte ait augmenté par rapport à l'affaire des « déchets grecs » en raison du jeu des coefficients, le fait que le coefficient pour la gravité de l'infraction ne fût que de 4 sur 20 indiquait implicitement aux États que les astreintes pouvaient potentiellement atteindre des niveaux beaucoup plus importants. Ceux qui en doutaient durent se résoudre à la réalité avec l'annonce de la sanction spectaculaire prononcée à l'encontre de la France en 2005.

B. La mise en œuvre spectaculaire du recours en manquement sur manquement

256. Certainement encouragée par le prononcé de la sanction novatrice dans l'affaire « des déchets grecs » le 4 juillet 2000⁴⁷⁴, la Commission décida de soumettre à la Cour une autre affaire de manquement sur manquement. Le 12 octobre 2002⁴⁷⁵, elle saisit la Cour aux fins de faire condamner la France à une astreinte de 316 500 euros par jour de retard dans la mise en oeuvre des mesures nécessaires pour se conformer à l'arrêt constatant son manquement à la réglementation communautaire tendant à la conservation des ressources de la pêche⁴⁷⁶.

257. Saisi de l'affaire, l'avocat général GEELHOED conclut le 29 avril 2004, c'est-à-dire avant la relance du processus « constitutif » communautaire, que la Cour devrait constater le manquement sur manquement de la France et condamner cette dernière à une sanction financière particulière. En effet, l'avocat général proposait une double pénalité par le paiement d'une somme forfaitaire de 115 522 500 euros et la soumission à une astreinte de 57 761 250 euros « pour chaque période de six mois pour laquelle la Commission constate que le manquement subsiste »⁴⁷⁷. Les conclusions de l'avocat général GEELHOED étaient dès lors particulièrement audacieuses. Alors que le texte de l'article 228-2 alinéa 3 TCE semblait induire une alternative dans le choix de la

⁴⁷³ *Ibid.*, pts 54, 58 et la synthèse pour le cas d'espèce pt 60.

⁴⁷⁴ CJCE, 4 juillet 2000, *Commission c/ Grèce*, aff. 387/97, *Rec.*, p. I-5047.

⁴⁷⁵ Requête publiée au *JOUE*, n° C 247 du 12 octobre 2002, p. 9.

⁴⁷⁶ CJCE, 11 juin 1991, *Commission c/ France*, aff. C-64/88, *Rec.*, p. I-2727.

⁴⁷⁷ Premières conclusions de l'avocat général GEELHOED du 29 avril 2004, rendues sur l'arrêt du 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, aff. C-304/02, *Rec.*, p. I-6263, pt 109.

pénalité financière – « le paiement d'une somme forfaitaire *ou* d'une astreinte » –, il proposait de cumuler les sanctions. Il considérait en fait d'une part, que la somme forfaitaire permettrait de « réagir au manquement de la République française d'exécuter l'arrêt du 11 juin 1991, Commission/France » dans l'absolu et d'autre part, que l'astreinte serait susceptible de répondre à un manquement qui perdurerait⁴⁷⁸.

258. Or, l'avocat général présentant ses conclusions après l'audience⁴⁷⁹, les parties avaient déjà été entendues⁴⁸⁰. Il était cependant nécessaire, pour le respect des droits de la défense, qu'elles puissent répondre à ces nouveaux arguments présentés à leur encontre. La Cour, en outre réunie en grande chambre ce qui témoignait ainsi de l'intérêt de l'affaire⁴⁸¹, décida donc d'une nouvelle audience⁴⁸². Elle demanda aux parties, ainsi qu'aux autres États membres, de :

« s'exprimer sur la question de savoir si, dans l'hypothèse où la Cour constate qu'un État membre n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution d'un arrêt antérieur et où la Commission a demandé à la Cour de condamner cet État au paiement d'une astreinte, la Cour peut infliger à l'État membre concerné le paiement d'une somme forfaitaire, voire, le cas échéant, d'une somme forfaitaire et d'une astreinte »⁴⁸³.

Autrement dit, il s'agissait de discuter de la possibilité pour la Cour de prononcer une sanction financière forfaitaire alors que la Commission demandait une astreinte d'une part, et de la possibilité de cumuler les deux types de pénalités d'autre part.

259. Dans ses secondes conclusions du 18 novembre 2004, l'avocat général GEELHOED maintint sa position de principe⁴⁸⁴, même si le processus « constitutif » avait été relancé. Il considéra, en premier lieu, que la Cour n'était aucunement liée par les propositions de la Commission. En conséquence, elle disposait de la liberté d'imposer une sanction plus lourde, pour peu que les parties aient pu se défendre à ce sujet. En second lieu, l'avocat général estima, en cohérence avec ses premières conclusions, que la Cour disposait de toute latitude pour cumuler les pénalités forfaitaires et les astreintes, d'autant qu'une telle combinaison était en l'espèce justifiée.

260. L'appel de la CJCE aux commentaires des autres États membres fut par ailleurs entendu : la Cour ne reçut pas moins de seize interventions étatiques. La question n'était en effet pas anodine, ses enjeux étant financièrement spectaculaires pour des États

⁴⁷⁸ *Ibid.*, pt 95.

⁴⁷⁹ Voir les articles 59 et 61 du *Règlement de procédure de la Cour de justice*, du 19 juin 1991, *JOCE* L 176 du 4 juillet 1991, p. 7 ; version révisée disponible sur Internet : <<http://curia.eu.int/fr/instit/txtdocfr/txtsenvigueur/txt5.pdf>>.

⁴⁸⁰ L'audience avait eu lieu le 3 mars 2004 : CJCE, ordonnance, 16 juin 2004, *Commission c/ France*, aff. C-304/02_1, *Rec.*, p. I-6263, pt 2.

⁴⁸¹ Voir, à ce sujet, le règlement de procédure de la Cour, not. son article 44, §3.

⁴⁸² La nouvelle audience était prévue pour le 5 octobre 2004 : CJCE, ordonnance, 16 juin 2004, *Commission c/ France*, aff. C-304/02_1, *Rec.*, p. I-6263, pt 5.

⁴⁸³ *Id.*

⁴⁸⁴ Secondes conclusions de l'avocat général GEELHOED du 18 novembre 2004, rendues sur l'arrêt du 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, aff. C-304/02, *Rec.*, p. I-6263, pt 51.

dont les déficits publics demeurent, voire s'aggravent. Dans son arrêt du 12 juillet 2005, la CJCE décida tout d'abord de suivre à la fois la requête de la Commission et les conclusions de son avocat général pour constater le manquement de la France⁴⁸⁵. Elle dut ensuite réfléchir à la sanction appropriée au regard de sa nouvelle jurisprudence en la matière. Notamment, le point crucial reposait ici dans la possibilité de cumuler une astreinte et une pénalité forfaitaire. En fait, les gouvernements français, belge, tchèque, allemand, hellénique, espagnol, irlandais, italien, chypriote, hongrois, autrichien, polonais et portugais considéraient que la conjonction « ou » impliquait une disjonction⁴⁸⁶, alors que la Commission et les gouvernements danois, néerlandais, finlandais et britannique estimaient au contraire qu'elle pouvait linguistiquement induire soit une alternative, soit un cumul selon le contexte⁴⁸⁷. La Cour suivit ces derniers, considérant que l'objectif de la disposition était de prévenir les manquements sur manquements. Aussi estima-t-elle qu'« il n'est pas exclu de recourir aux deux types de sanctions prévues à l'article 228, paragraphe 2, CE notamment lorsque le manquement, à la fois, a perduré une longue période et tend à persister »⁴⁸⁸.

261. Par conséquent, la CJCE écarta plusieurs objections. Le cumul de ces pénalités ne constitue pas une double peine contraire au principe *non bis in idem* puisque chaque sanction a sa propre fonction. L'absence de lignes directrices arrêtées par la Commission pour le calcul d'une somme forfaitaire n'est contraire ni à la sécurité juridique, ni à la transparence, dans la mesure où, si de telles directives sont bénéfiques, elles ne peuvent lier la Cour qui conserve en la matière toute liberté. Enfin, l'argument de la violation de l'égalité de traitement entre les États membres invoqué par la France n'était pas recevable, du fait des différences de situation avec les affaires *Commission c/ Grèce* et *Commission c/ Espagne* envisagées précédemment⁴⁸⁹.

262. Au regard de ces éléments, la France fut alors condamnée à une astreinte de 57 761 250 euros pour chaque période de six mois et au paiement de la première somme forfaitaire d'un montant de 20 000 000 euros. La sanction est exemplaire à un double titre.

D'une part, l'astreinte correspond à peu près au montant requis par la Commission ramené à 6 mois. Il s'avère cependant qu'elle résulte de l'application des coefficients de durée et de gravité. Si le coefficient maximum de durée est atteint (3), le coefficient de gravité n'équivaut qu'à 10 sur une échelle allant de 1 à 20⁴⁹⁰. Sans forcément remettre en cause l'appréciation de la Cour en l'espèce, il s'agit de souligner que la Cour n'hésite pas à appliquer des coefficients de gravité plus forts que dans les jurisprudences antérieures.

⁴⁸⁵ CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, aff. C-304/02, *Rec.*, p. I-6263, pts 53 et 62.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, pt 79.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, pt 83.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, pt 82.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, resp. pts 84, 85 et 86.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, pt 99.

D'autre part, la Cour s'estime compétente pour y cumuler une pénalité forfaitaire. Le montant en l'espèce n'est pas anodin. Pour autant, la Cour ne donne quasiment aucune indication permettant d'identifier les critères qui ont pu la guider dans la fixation de cette somme. Ses propos sont en effet particulièrement laconiques :

« 114 Dans une situation telle que celle qui fait l'objet du présent arrêt, eu égard au fait que le manquement a persisté pendant une longue période depuis l'arrêt qui l'a initialement constaté et eu égard aux intérêts publics et privés en cause, la condamnation au paiement d'une somme forfaitaire s'impose (voir point 81 du présent arrêt).

115 Il est fait une juste appréciation des circonstances particulières de l'espèce en fixant à 20 000 000 euros le montant de la somme forfaitaire que la République française devra acquitter ».

Aussi peut-on considérer que la Cour peut aller encore au-delà selon des affaires. Les montants spectaculaires de cette astreinte et de cette sanction forfaitaire ne doivent donc pas revêtir le qualificatif de record. La jurisprudence plus récente témoigne au contraire que la Cour entend persister dans la rigueur de son contrôle du manquement sur manquement, tendant même à ouvrir la porte à des coefficients de durée non limitatifs⁴⁹¹. Bref, le manquement sur manquement risque de coûter de plus en plus cher aux États laxistes ou récalcitrants, même si la Cour tend parallèlement à « confirme[r] sa sévérité à l'égard de la Commission en matière de preuve d'un manquement d'État »⁴⁹².

263. Dans une conjoncture de nouveau en panne de volonté politique « constitutive », la CJCE décide en somme de ne plus simplement se « borner »⁴⁹³ à constater le manquement d'un État membre au droit communautaire. Elle développe au contraire son contrôle du manquement sur manquement, de manière à rappeler aux États leurs obligations au sein de la sphère de *communautarité* endogène. Ce phénomène se conjugue en outre fort bien avec le renforcement de la responsabilité des États devant leurs propres citoyens et, finalement, l'ensemble de sa jurisprudence au sein de la sphère de *communautarité* surjective. Dans le même état d'esprit, elle précise en effet que, si les États ne sont pas tenus d'introduire un recours en annulation ou en carence au profit de l'un de ses citoyens, il est possible que les droits nationaux prévoient une sanction de l'État. L'ambiguïté des propos de la Cour dénoncée par la doctrine révèle sans aucun

⁴⁹¹ Voir sur ce point CJCE, 14 mars 2006, *Commission c/ France*, aff. C-177/04, *Rec.*, p. I-2461, pt 71. Se référer au commentaire d'Anne RIGAUX, « Manquement sur manquement : encore des sanctions pécuniaires à l'encontre de la France », *Europe*, 2006, n° 5, comm. n° 143, pp. 12-14.

⁴⁹² F. KAUFF-GAZIN, « Modalités de la preuve du manquement », *Europe*, 2006, n° 7, commentaire n° 208, pp. 16-17. Voir CJCE, 3 arrêts du 4 mai 2006, *Diane Barker c/ London Borough of Bromley*, aff. 290/03, *Rec.*, p. I-3949 ; *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-508/03, *Rec.*, p. I-3969 ; *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-98/04, *Rec.*, p. I-4003 ; et 18 mai 2006, *Commission c/ Espagne*, aff. C-221/04, *Rec.*, p. I-4515.

⁴⁹³ Pour reprendre les termes de W.-J. GANSCHOF Van Der MEERSCH dans « Suprématie du droit communautaire sur le droit national - Conclusions dans l'affaire *Ministre des Affaires économiques c/ SA Fromagerie Franco-Suisse « Le Ski »* (Cour de cassation, 1^{ère} chambre) », *RTDE*, 1971, pp. 423-456, p. 454 : « L'arrêt de la Cour de justice se borne à constater qu'un État membre a manqué à ses obligations ».

doute la controverse dans laquelle sont plongés les juges : respecter les traités tout en développant au mieux les protections indirectes des particuliers⁴⁹⁴.

264. Conclusion du chapitre deuxième. En définitive, la CJCE tire les conséquences d'un système contentieux critiquable, mais que les États membres ne modifient pas malgré tous les appels plus ou moins déguisés de la Cour et ce, au détriment de leurs propres citoyens. Il est certes vrai que de tels développements jurisprudentiels ne peuvent être dépourvus de quelques incohérences. Notamment, le déséquilibre entre les possibilités de mettre en jeu la responsabilité des États membres d'une part, et des institutions communautaires d'autre part, se creuse au désavantage des premiers ; cela peut paraître « choquant »⁴⁹⁵. De la même manière, les personnes physiques ou morales ne bénéficient toujours pas d'un droit au recours complet devant la juridiction communautaire, malgré une interprétation de plus en plus large des conditions de recevabilité. Ce décalage peut encore surprendre. Malgré les justifications théoriques apportées pour prévenir le déni de justice, l'idée d'injustice demeure, spécialement à l'encontre des actes généraux du droit communautaire ne nécessitant aucune application nationale, alors que l'existence d'une norme nationale aurait pu conférer compétence aux juges nationaux.

Cependant, la juridiction communautaire s'évertue à approfondir la garantie des normes de l'Union et de la Communauté européennes dans le respect des textes dont elle procède. Elle dénonce les difficultés, renvoie aux États membres la tâche d'effectuer leur fonction de révision des traités mais, en cas d'essoufflement de la construction communautaire, tente de prendre le relais en exploitant au maximum les ressources dont elle dispose, de manière à compléter, voire compenser, les défauts préalablement soulignés. En d'autres termes, étant donné que le droit communautaire ne confère pas aux particuliers un droit au recours suffisant pour éviter des injustices flagrantes, et que les États membres ne modifient pas les textes, la CJCE développe les moyens pour obliger un État à respecter ses obligations communautaires au bénéfice ultime des particuliers au sein de la sphère de *communautarité* surjective. En effet, tant la responsabilisation de l'État pour défaut d'introduction de question préjudicielle, que la sanction sévère de la non-transposition de directives au double niveau national et communautaire mettent le particulier en situation d'accéder à un juge. Les hypothèses non seulement d'absence d'actes nationaux, mais encore de juge national négligeant le droit communautaire, devraient donc sensiblement diminuer.

La juridiction communautaire ne peut toutefois pas résoudre toutes les difficultés dont certaines découlent logiquement de l'environnement juridique original de la construction communautaire. Elle appréhende en effet le droit au recours des particuliers et leur recevabilité conséquente à intenter un recours en annulation dans leur contexte global : le droit communautaire. Les spécificités de celui-ci s'imprègnent ainsi dans ceux-là. Le droit au recours est alors communautarisé en tant qu'élément participant à la protection des normes de la hiérarchie communautaire. Cependant, le droit au recours est

⁴⁹⁴ CJCE, 20 octobre 2005, *Pays-Bas c/ Ten Kate Holding Musselkanaal BV et autres*, aff. C-511/03, *Rec.*, p. I-8979 ; E. BERNARD, « Note », *Europe*, 2005, n° 12, pp. 11-12.

⁴⁹⁵ F. MICHÉA, « Responsabilité de l'État membre du fait de l'activité de ses juridictions suprêmes », *op. cit.*, § 18, p. 14.

également conçu pour être un droit fondamental. Or, l'existence de droits fondamentaux est devenue un caractère de la « structure de droit » nouvellement considérée⁴⁹⁶. Si les caractères classiques de l'État de droit se retrouvent dans l'Union et la Communauté européennes de droit, il devient dès lors nécessaire de s'interroger sur la place des droits fondamentaux dans la construction communautaire.

⁴⁹⁶ Voir *supra*, § 68.

CHAPITRE TROISIÈME

LES DROITS FONDAMENTAUX COMMUNAUTAIRES : UN CARACTÈRE CONTROVERSÉ

265. Qualifiées de « structures de droit », l'Union et la Communauté européennes sont censées revêtir les mêmes caractères que ceux attribués à l'État de droit. Elles sont effectivement marquées par une hiérarchie des normes garantie par un système contentieux. Toutefois, puisque ni la Communauté ni l'Union n'ont abouti à une formule étatique, ces caractères sont imprégnés de l'originalité contextuelle de la construction communautaire, et se distinguent ainsi des conceptions généralement admises : la hiérarchie des normes n'obéit pas à une structuration pyramidale classique, et la garantie des normes ne permet pas d'attribuer à l'individu la qualité de justiciable classique. Pour autant, ces singularités n'empêchent pas l'existence de ces deux caractères. Sur la voie de la validation qualificative « de droit », le scientifique rencontre toutefois une difficulté supplémentaire, à savoir que la doctrine attribue généralement un troisième caractère à la « structure de droit » modernisée : la protection des droits fondamentaux⁴⁹⁷. Deux éléments induisent en fait un questionnement.

266. D'une part, si ce qui est général n'est pas absolu, l'attribution de ce troisième caractère peut être contestée. Certes, la doctrine concernée n'est qu'excessivement minoritaire. Elle soulève cependant une question d'autant plus essentielle au travail scientifique – la nécessité constante du doute⁴⁹⁸ – qu'elle peut être explicative de l'originalité communautaire. Si les droits fondamentaux sont apparus dans le vocabulaire communautaire, il ne peut être présupposé que ces droits sont conçus comme un outil au service de la structuration « de droit ». Or, l'appréciation de ces droits fondamentaux communautaires nécessite de déterminer s'ils *peuvent* ou *doivent* découler de la Communauté de droit et de l'Union de droit⁴⁹⁹.

267. D'autre part et tout comme pour les premiers caractères, les droits fondamentaux communautaires sont de toute façon susceptibles de singularité, et ne sont donc pas en soi connus du fait de l'identité des occurrences linguistiques. Aussi peut-on également s'interroger sur le degré de droits fondamentaux nécessaires pour caractériser une « structure de droit » modernisée : l'observateur ne peut pas exiger *a priori* un certain nombre de droits fondamentaux ou certains droits fondamentaux logiquement présents dans un État de droit, puisqu'il ne peut s'agir en l'espèce que de droits fondamentaux communautarisés⁵⁰⁰. L'appréhension entière de ces droits, telle que nous l'avons déjà suggérée⁵⁰¹, commande en effet de ne pas s'ankyloser face à un problème

⁴⁹⁷ Voir *supra*, §§ 68 et 69.

⁴⁹⁸ Voir *supra*, § 15.

⁴⁹⁹ Voir *supra*, § 70.

⁵⁰⁰ À propos de la nécessaire prise en considération du caractère communautaire des droits fondamentaux, voir *supra*, §§ 35 et s.

⁵⁰¹ Voir *supra*, § 28.

punctuel, certes non négligeable en soi, mais d'une portée limitée pour notre objectif : l'étude de la *garantie* des droits fondamentaux communautaires⁵⁰². Le raisonnement ne peut en outre être figé puisque la construction communautaire a évolué : le passage de la Communauté de droit à l'Union de droit ne peut être négligé, d'autant qu'il marque certaines étapes essentielles du développement des droits fondamentaux communautaires.

268. En somme, la caractérisation de l'État de droit modernisé par les droits fondamentaux ouvre une réflexion déterminante. Il s'agit de comprendre si la construction communautaire obéit à la structuration « de droit » classique ou moderne, ou encore les deux successivement, de manière à évaluer la place des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique communautaire. Une telle analyse suppose toutefois d'identifier préalablement l'alternative possible, autrement dit de présenter la controverse tenant au caractère « droits fondamentaux ». Ainsi l'acceptation de la caractérisation discutable de la « structure de droit » en général par les droits fondamentaux (première section) permettra-t-elle d'appréhender la caractérisation évolutive des « structures de droit » communautaires (seconde section).

Première section. La caractérisation discutable de la « structure de droit » en général

269. La majorité de la doctrine estime que les droits fondamentaux sont devenus un caractère nécessaire à la « structure de droit ». Si une telle exigence est louable du point de vue idéologique, la recherche de scientificité impose de se dégager de ses propres croyances et aspirations politiques⁵⁰³, pour accepter que certains n'y adhèrent pas, ou ne l'envisagent que sous un angle « bourgeois »⁵⁰⁴. Une telle contestation mérite en outre d'autant plus notre attention qu'elle s'exprime dans plusieurs cultures juridiques.

270. Par ailleurs et de toute façon, les droits fondamentaux constituent un élément ambigu, en ce qu'il n'est pas précisé le degré qu'ils doivent atteindre pour prétendre à la caractérisation de la « structure de droit ». Certes, ils doivent jouir d'une « valeur juridique supérieure », de manière à être globalement efficaces⁵⁰⁵. Cependant, il ne peut être nié que subsistent des interrogations quant à la nature de ces droits⁵⁰⁶. Or, une réflexion sur les qualités des droits fondamentaux en général apparaît impérative pour éviter d'induire abusivement des constats opérés dans le contexte national, des règles absolues pour toute « structure de droit », y compris non nationale.

⁵⁰² Voir *supra*, § 41 et s.

⁵⁰³ À propos de l'encadrement de sa propre subjectivité irréductible, voir *supra*, §§ 16-17.

⁵⁰⁴ Voir spéc. C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, chap. 12 « Les principes de l'État de droit bourgeois », pp. 263-276.

⁵⁰⁵ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, *op. cit.*, p. 104.

⁵⁰⁶ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, *op. cit.*, p. 104. L'auteur évoque la controverse *jus-naturaliste/positiviste* sur l'origine des droits fondamentaux, ainsi que la controverse *libéralisme/socialisme* sur les modalités de concrétisation de ces droits.

271. Finalement, l'opinion majoritaire qui consiste à ériger les droits fondamentaux au rang de caractère de toute « structure de droit » peut être nuancée. Non seulement, son automaticité n'est pas acquise (§1), mais encore sa signification n'est pas exempte d'équivoques (§2).

§1. Un caractère logiquement contingent

272. Plusieurs auteurs d'obédiences juridiques différentes se démarquent de l'opinion majoritaire tendant à ériger les droits fondamentaux au rang de troisième caractère de la « structure de droit ». Sans forcément faire acte d'« un formalisme aigu [ou d']un positivisme obtus »⁵⁰⁷, ils posent la non-exigence théorique de ce caractère (A), qui n'empêche pour autant pas l'enrichissement pratique de la « structure de droit » (B).

A. La non-exigence théorique

273. Si les réflexions relatives à l'État de droit ou à la *Rule of law* ont abouti à des concepts opérationnels, des questionnements demeurent, notamment en ce qui concerne « leur éventuel caractère formel et procédural, en opposition avec une éventuelle valeur matérielle et normative »⁵⁰⁸ induisant la protection des droits de l'homme. Le lien entre la « structure de droit » et les droits de l'homme qui comprennent les droits fondamentaux⁵⁰⁹, n'est donc pas absolu. D'ailleurs, en concluant que « les deux notions – Droits de l'homme et État de droit – ne sont pas congruentes », le professeur OPSAHL signifie que la « structure de droit » et ce qui correspond aux droits fondamentaux dans le texte ne s'adaptent pas parfaitement du fait des variabilités interprétatives⁵¹⁰. Les deux concepts sont dès lors susceptibles d'indépendance l'un envers l'autre.

274. Cette potentielle autonomie explique assurément pourquoi certains auteurs n'abordent pas la question des droits fondamentaux à propos d'une « structure de droit ». Ainsi l'ancien juge à la Cour suprême des États-Unis DAY O'CONNOR n'évoque-t-elle aucunement les droits fondamentaux, alors qu'elle réfléchit sur la *Rule of Law*⁵¹¹. Il est vrai que celle-ci a été originellement conçue *formellement* par le professeur Venn DICEY,

⁵⁰⁷ D. SIMON, « La Communauté de droit » in F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., pp. 85-123, p. 94.

⁵⁰⁸ P.W.C. AKKERMANS, « "Rule of law, Rechtsstaat" et droits de l'homme : clef de voûte de la démocratie », *REDP*, 2001, pp. 53-67, p. 53.

⁵⁰⁹ Voir *supra*, § 29. Du fait que l'un comprend l'autre, lorsque l'un n'est pas inclut dans la « structure de droit », il s'avère que l'autre ne le peut également. Aussi les variabilités linguistiques d'auteurs d'obédiences juridiques différentes n'emportent-elles aucune difficulté.

⁵¹⁰ Voir à ce sujet T. OPSAHL, « Synthèse : droits de l'homme et "État de droit" » in *Les droits de l'homme dans le droit national en France et en Norvège*, Paris, Aix-Marseille, Economica, PUAM, 1990, 204 p., pp. 159-167, p. 167.

⁵¹¹ S. DAY O'CONNOR, « *Toward a Common Rule of Law : A Legacy of Integration* », op. cit.

faisant alors « passer le fond du droit à l'arrière plan par rapport à la forme »⁵¹². Une telle option doctrinale n'est en outre pas forcément anachronique puisque le professeur JOWELL, pourtant connu comme « une des figures de proue du "liberal normativism", c'est-à-dire du nouveau courant doctrinal qui met les droits de l'homme au cœur du droit »⁵¹³ y adhère. Il définit en ce sens la *Rule of Law* comme concernant l'exécution et la mise en œuvre du droit, et non son contenu⁵¹⁴. L'auteur ne dévalorise pour autant pas l'importance des droits fondamentaux ; son vocabulaire tend au contraire à témoigner de son implication⁵¹⁵. Il considère simplement que la portée de la *Rule of Law* n'est pas assez large pour servir de fondement aux autres conditions d'une démocratie⁵¹⁶. L'idée est d'autant plus percutante qu'elle est reprise dans le contexte du *Rechtsstaat*.

Dans un ouvrage approfondi sur le principe du *Rechtsstaat*, le professeur SOBOTA s'est en effet intéressée à la relation de celui-ci avec les droits fondamentaux. Elle estime en fait que les droits fondamentaux ne devraient plus caractériser le *Rechtsstaat*⁵¹⁷. Elle justifie sa position par la volonté de soulager le principe du *Rechtsstaat* de la responsabilité de garantir les droits fondamentaux, sachant que la jurisprudence constitutionnelle allemande n'a jamais déduit une telle responsabilité du *Rechtsstaat*⁵¹⁸. Le professeur SOBOTA rappelle en outre que la Constitution allemande repose sur plusieurs principes fondamentaux pour dénoncer l'incohérence de vouloir faire des droits fondamentaux à la fois un principe constitutionnel fondamental et un élément du principe

⁵¹² P. AKKERMANS, « "Rule of law, Rechtsstaat" et droits de l'homme : clef de voûte de la démocratie », *op. cit.*, p. 54. Voir également H. BARNETT, *Constitutional & Administrative Law*, *op. cit.*, p. 108.

⁵¹³ L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*, p. 10, note n° 65.

⁵¹⁴ J. JOWELL, « *The Rule of Law Today* » in J. JOWELL et D. OLIVER (dir.), *The Changing Constitution*, Oxford, Clarendon, 4^{ème} éd., 2000, 387 p., pp. 3-22, pp. 20-21.

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 21. L'auteur parle en effet de « notre *Human Rights Act* de 1998 ». Or, l'utilisation du pronom personnel possessif marque, il nous semble, la volonté de s'affilier à une telle réforme.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 20. « *The scope of the Rule of Law is broad, but not however broad enough to serve as a principle upholding a number of other requirements of a democracy* ». « Malgré la large portée accordée à la *Rule of Law*, celle-ci n'est pas suffisamment étendue pour en faire un principe sur lequel reposeraient un certain nombre d'autres conditions essentielles de la démocratie ».

⁵¹⁷ K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat: verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, 569 p., p. 444.

⁵¹⁸ *Id.* L'auteur se réfère à A. BLECKMAN, « Vom subjektiven zum objektiven Rechtsstaatsprinzip », *JöR* Bd. 36 (1987), pp. 1 et s., et p. 3., pour estimer que « *die Grundrechte sollten ein eigenständiges Teilsystem innerhalb des Systems der sieben grundgesetzlichen Hauptprinzipien bilden und nicht länger zu den spezifischen Elementen des grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzips gerechnet werden. Dies entspricht im übrigen auch der Argumentationspraxis des Bundesverfassungsgerichts* ». « Les droits fondamentaux devraient constituer un sous-système autonome au sein du système des sept principes majeurs de la Loi fondamentale et ne plus être comptés parmi les éléments spécifiques du principe d'État de droit de la Loi fondamentale. Ceci correspond d'ailleurs aussi à la pratique du Tribunal constitutionnel fédéral en matière d'argumentation ».

Elle réitère sa position p. 523 : « *Die einschneidendste Änderung bei der Systemgestaltung bestand in dem Verzicht auf das Postulat der Menschenwürde, die Grundrechte und das Demokratieprinzip. Diese Entscheidung bricht mit der herrschenden Literatur, steht aber in Einklang mit der heutigen Rechtsprechung, die noch nie die Menschenwürde oder die Grundrechte aus dem Rechtsstaatsprinzip deduziert hat* ». « La modification la plus radicale dans l'organisation du système consistait à renoncer au postulat de la dignité humaine, aux droits fondamentaux et au principe de démocratie. Cette décision rompt avec la littérature dominante, mais concorde en revanche avec la jurisprudence actuelle, qui n'a encore jamais déduit du principe d'État de droit la dignité humaine ou les droits fondamentaux ».

du *Rechtsstaat*, donc dérivé et soumis à celui-ci⁵¹⁹. Une chose ne peut effectivement pas, à la fois, constituer un principe constitutionnel au côté de l'État de droit, et être subordonnée à celui-ci.

275. En réalité, la volonté de protéger fondamentalement les droits de l'homme, cristallisée au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, a conduit sur la voie de la confusion. Si le rejet moral de l'inacceptable perpétré par les États fascistes a engendré l'attribution d'un certain contenu normatif aux constitutions, la plupart y ont vu l'expression d'une philosophie politique prescrivant le « dogme »⁵²⁰ libéral de l'État de droit. Certes, les droits fondamentaux ont toujours été revendiqués au moment des grandes révolutions occidentales. Pourtant, cela ne signifie pas forcément qu'ils étaient conçus comme un caractère du nouvel ordre juridique escompté. En effet, ces révolutions avaient également pour objet d'instaurer la démocratie. Il n'était pas seulement question de combattre l'arbitraire, contre lequel la doctrine de l'État de droit officie, mais surtout d'attribuer la souveraineté au peuple ou à la Nation, autrement dit de substituer la démocratie à toute forme monarchique du pouvoir⁵²¹. Or, l'instauration de la démocratie prescrit la reconnaissance de droits protégeant les minorités, « de telle manière que la minorité d'aujourd'hui puisse devenir majoritaire demain »⁵²². Si le professeur TROPER n'y voit l'obligation de protéger que les libertés politiques « mais non pas [...] les autres »⁵²³, nous considérons que l'exercice de ces libertés politiques est tout de même conditionné par la jouissance des autres libertés. Les libertés « formelles » peuvent ainsi devenir « réelles »⁵²⁴, ou « concret[e]s et effectiv[e]s »⁵²⁵, grâce aux droits dits économiques et sociaux, tentant d'embrasser la réalité pratique de la situation de

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 444 : « *Der Vorteil dieser Konstruktion besteht nicht nur in einer Entlastung des Rechtsstaatsprinzips. Genauso wichtig ist, das auf diese Weise dem sinnvollen und praktisch längst anerkannten Satz von der Pluralität der Hauptprinzipien des Grundgesetzes Folge geleistet und das Verhältnis dieser Normen und ihrer Elemente untereinander transparent konstruiert wird* » ; et p. 445 : « *Zugleich kann der Ungereimtheit ein Ende bereitet werden, nach der bislang die Staatsformprinzipien (Demokratie, Bundestaat usw.) und das Prinzip Grundrechtgleichzeitigkeit etwas Fundamentales und ein Element des Rechtsstaatsprinzips, also etwas irgendwie Abgeleitetes, Untergeordnetes sein sollten* ». « L'avantage de cette construction ne consiste pas seulement en un allègement du principe d'État de droit. Un aspect tout aussi important est que, de cette manière, cela permet de suivre la doctrine raisonnable et depuis fort longtemps reconnue de la pluralité des principes majeurs de la Loi fondamentale et d'établir de manière transparente la relation respective de ces normes et de leurs éléments entre eux » ; et p. 445 : « En même temps, on peut mettre fin à cette absurdité d'après laquelle, jusqu'à présent, les principes de la forme de l'État (démocratie, fédéralisme, etc.) et le principe des Droits fondamentaux devraient être à la fois une notion fondamentale et un élément du principe d'État de droit, donc une notion en quelque sorte dérivée et subordonnée ».

⁵²⁰ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 153.

⁵²¹ Un État de droit peut effectivement être de forme monarchique. Voir sur ce point R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, tome I, p. 491.

⁵²² M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, 358 p., p. 331. Voir également *infra*, § 549.

⁵²³ *Id.*

⁵²⁴ Cette distinction a en fait été formulée par K. MARX. Voir indirectement, A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du droit*, *op. cit.*, « Liberté », pp. 345-349, § 3, p. 346.

⁵²⁵ CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, req. n° 6289/73, série A, n° 32, *GACEDH*, n° 2, § 24 : « La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs ».

l'individu-citoyen. Le ventre plein et en bonne santé, il est alors mis en mesure d'exercer librement ses libertés politiques⁵²⁶.

La plupart du temps, la démocratie ne peut toutefois se réaliser pleinement qu'à une seconde condition. En effet, en raison des inconvénients tenant à la gestion du nombre des citoyens, il a été recouru à la représentation. La difficulté devient alors celle de la concordance de la volonté des représentés d'une part, et celle des représentants d'autre part⁵²⁷. Au nom du respect de la première, le contrôle de la seconde est ainsi légitimé⁵²⁸. Il s'agit de vérifier que la volonté des représentants « est bien l'expression de la volonté générale »⁵²⁹. En d'autres termes, le contrôle de la loi, outil de prédilection des représentants, constitue l'« instrument nécessaire »⁵³⁰ de la démocratie. En ce sens, il doit être possible pour les représentés d'accéder à un juge pour faire vérifier le respect, par les représentants, du contrat social inscrit dans la Constitution, ce qui revient à contrôler la hiérarchie des normes découlant de cette Constitution. Comme l'existence de cette hiérarchie et de ce contrôle caractérise l'État de droit⁵³¹, il devient cohérent d'affirmer que l'État de droit conditionne le bon fonctionnement de la démocratie. En outre, la présence de ce contrôle juridictionnel emporte une autre conséquence importante : la distinction des représentants contrôlés, des juges contrôleurs. Nous retrouvons alors l'essence de la séparation des pouvoirs, en ce que le pouvoir de création de normes n'est pas le pouvoir de son contrôle. Ainsi la démocratie engendre-t-elle, par l'intermédiaire de l'État de droit, la séparation des pouvoirs.

Dès lors, la démocratie se concrétise non seulement par la reconnaissance des libertés, mais aussi par l'élaboration d'un ordre juridique fondé sur le principe de l'État de droit induisant la séparation des pouvoirs⁵³². Il n'est donc pas étonnant que l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, même ancien, conditionne la reconnaissance de la Constitution au cumul de la garantie des droits et de

⁵²⁶ Pour une approche similaire, mais insuffisamment justifiée à notre sens, voir A. BARAK, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *op. cit.*, p. 239.

⁵²⁷ Sur la controverse relative à la possibilité de la représentation menée par J.-J. ROUSSEAU et E. SIEYÈS, se référer à R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, tome II, §§ 351-370, pp. 232-281.

⁵²⁸ Sur ce point, se référer à L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. 3. La théorie générale de l'État (suite et fin)*, *op. cit.*, § 88, pp. 589-599, spéc. pp. 595-598. En ce sens, l'article 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 prévoit : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Texte disponible sur Internet, *via* le site officiel du ministère de la Justice français : <<http://www.justice.gouv.fr/textfond/ddhc.htm>>.

⁵²⁹ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.* p., p. 331.

⁵³⁰ *Id.*

⁵³¹ Voir not. *supra*, § 67.

⁵³² D'une manière similaire et pour ce qui concerne le droit constitutionnel fédéral allemand, le professeur GREWE constate que « cette impression d'hétérogénéité dans l'analyse des éléments de l'État de droit » s'explique par le fait que l'État de droit est placé au même niveau que d'autres principes « tels la démocratie ou l'État social ». « Ils doivent en conséquence se compléter, s'interpénétrer mais aussi se relativiser réciproquement ». Voir C. GREWE, « L'État de droit sous l'empire de la Loi fondamentale » in O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, 410 p., pp. 385-393, spéc. pp. 391-392.

la séparation des pouvoirs⁵³³. Les droits fondamentaux apparaissent alors comme constitutifs, non pas de l'État de droit, mais du principe démocratique.

276. En somme, il devient logiquement possible, et même indispensable, de séparer la « structure de droit » d'une part, et les droits fondamentaux d'autre part. De telles considérations n'ont cependant pas pour objet de nier l'importance des droits fondamentaux du point de vue du politique constitutionnel. L'opinion confond trop souvent formalisme *et* désintérêt pour les êtres humains et leurs droits, alors que les tenants les plus fidèles du positivisme sont les premiers à reconnaître l'enrichissement potentiel que les droits fondamentaux représentent pour un ordre juridique.

B. L'enrichissement pratique

277. Le premier des positivistes, au moins au sein du courant normativiste, ne négligeait aucunement l'intérêt des droits fondamentaux pour un ordre juridique. Si le professeur Kelsen avait développé une théorie *pure* du droit, c'est-à-dire débarrassée de politique juridique⁵³⁴, il n'en restait pas moins capable d'un pragmatisme étonnant. L'instigation de la première Cour constitutionnelle en constitue certainement le plus vif témoignage⁵³⁵. Il n'hésitait ainsi pas à articuler questions théoriques et questions pratiques lorsque l'objet de son étude le requérait⁵³⁶.

278. Aussi le professeur Kelsen n'ignorait-il pas que certaines constitutions pouvaient aller au-delà des exigences juridiques théoriques, en prévoyant un catalogue de droits fondamentaux⁵³⁷. Un réel désintérêt pour la question n'aurait pas amené l'auteur à y réfléchir. Il considérait en fait que « rien ne s'oppose » à ce qu'il soit adjoint aux règles de forme nécessaires, des règles de fond prescrivant un certain contenu aux normes de rang inférieur. Il est donc possible de distinguer une inconstitutionnalité matérielle d'une inconstitutionnalité formelle, sous réserve que :

« l'inconstitutionnalité dite matérielle est en dernière analyse une inconstitutionnalité formelle, en ce sens qu'une loi dont le contenu est en contradiction avec les prescriptions de la Constitution cessait d'être inconstitutionnelle si elle était votée comme loi constitutionnelle »⁵³⁸.

⁵³³ Plus précisément, cet article 16 énonce : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Texte disponible sur Internet, via le site officiel du ministère de la Justice français : <<http://www.justice.gouv.fr/textfond/ddhc.htm>>.

⁵³⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 1.

⁵³⁵ Voir les propos de P. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, *op. cit.*, p. 297 à propos de la participation de H. Kelsen à la rédaction de la Constitution autrichienne de 1920. Voir également les précisions de l'intéressé in « La garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle) », *op. cit.*, p. 198, avant-propos.

⁵³⁶ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle) », *op. cit.*, p. 197, avant-propos.

⁵³⁷ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle) », *op. cit.*, § 4, pp. 204-206.

⁵³⁸ *Id.*

Si elle demeure naturellement positiviste, une telle analyse ne doit cependant pas être lue comme dépouillée. L'essentiel est en effet de comprendre l'utilité de la normativité dans la pensée globale de l'auteur : elle fonde au final la justice constitutionnelle et, à propos de « la signification [...] politique du contrôle de constitutionnalité », le professeur Kelsen soulignait son importance au sein des démocraties et spécialement dans une logique matérielle :

« En assurant la confection constitutionnelle des lois et en particulier aussi de leur constitutionnalité matérielle, [la justice constitutionnelle] est un moyen de protestation efficace de la minorité contre les empiètements de la majorité. La domination de celle-ci ne devient supportable que si elle est exercée de façon régulière »⁵³⁹.

Adopter une philosophie positiviste n'implique ainsi pas de rejeter toute considération politique, mais simplement de ne pas amalgamer le juridique observable et le politique désiré. Ne pas exiger que les droits fondamentaux caractérisent la « structure de droit » ne signifie donc pas s'en désintéresser totalement. Au contraire, les droits fondamentaux peuvent inspirer le rédacteur d'une norme, en fonction des aspirations idéologiques du moment⁵⁴⁰ ; mais cette source d'inspiration ne doit pas être confondue avec le droit, puisqu'elle le précède⁵⁴¹.

279. C'est d'ailleurs dans cette logique que le professeur PFERSMANN choisit d'aborder la question. Comme nous l'avons déjà mentionné, cet auteur estime que :

« L'État de droit n'implique en soi nullement l'existence de droits fondamentaux, mais s'il existe des droits fondamentaux, ils constituent par définition, en dehors de leur contenu spécifique, un enrichissement de l'État de droit puisqu'ils font partie des normes supérieures et que celles-ci doivent prévaloir sur les normes inférieures »⁵⁴².

L'auteur se place alors dans la perspective proposée par le professeur Kelsen : d'un point de vue purement juridique, les droits fondamentaux ne sont pas nécessaires à l'existence de la « structure de droit »⁵⁴³, mais ils peuvent compléter l'ordre juridique, étoffer sa substance, autrement dit l'enrichir. Nous pouvons d'ailleurs estimer qu'un État de droit enrichi pourrait correspondre à ce que le doyen Duguit qualifiait d'« État de culture »⁵⁴⁴.

⁵³⁹ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle) », *op. cit.*, § 23, pp. 252-253.

⁵⁴⁰ Les droits fondamentaux peuvent servir le libéralisme économique, en ce qu'il protège l'individu contre l'État, ou en ce qu'ils constituent un moyen d'atteindre l'économie de marché. Voir resp. F. Von Hayek, *La constitution de la liberté*, Paris, Litec, 1994, 530 p., pp. 205-206 ; et F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 307.

⁵⁴¹ En ce sens, nous critiquons vivement l'amalgame qui est fait entre valeurs politiques et normes juridiques dans l'ouvrage suivant : D. Colas (dir.), *L'État de droit*, Paris, PUF, 1987, 254 p., not. pp. VII-IX.

⁵⁴² Voir *supra*, § 69, et not. O. Pfersmann, « Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective », *op. cit.*, p. 67.

⁵⁴³ Nous sommes consciente que le maître autrichien critiquait l'expression « État de droit » comme relevant de la tautologie. Selon cet auteur, l'État de droit ne pouvait être autre chose que l'État. Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 418.

⁵⁴⁴ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, réédité chez Paris, Dalloz, 2003, 623 p., p. 15.

280. Imposer qu'un ordre juridique garantisse des droits fondamentaux pour mériter son qualificatif « de droit » ne va dès lors pas de soi. Si la majorité de la doctrine en est convaincue, certaines voix s'élèvent pour le critiquer. Les arguments interpellent d'autant plus qu'ils se développent au-delà des frontières linguistiques et culturelles : les droits dits « écrit » et « coutumier » se rencontrent pour affirmer qu'il n'est pas logique, qu'il est même incohérent d'exiger que les droits fondamentaux caractérisent la « structure de droit ». Pour notre part, l'analyse des implications de la démocratie nous a révélé que les droits fondamentaux ne sont pas un caractère de l'État de droit et, par ricochet, de l'ordre juridique communautaire. L'ambiguïté de l'élément « droits fondamentaux » ne s'épuise cependant pas dans sa controverse existentielle, sa signification n'étant pas dépourvue d'équivoque.

§2. Un caractère intrinsèquement flou

281. Exiger qu'une « structure de droit » s'occupe de droits fondamentaux s'accompagne de la nécessité pratique d'identifier ces droits fondamentaux. La question, si évidente soit-elle, soulève d'abord la difficulté de savoir si la « structure de droit » doit protéger *des* droits fondamentaux ou *les* droits fondamentaux intuitivement attendus. Le déterminant est ici révélateur : le choix de l'article défini ou indéfini témoigne implicitement de la conception d'un auteur et, par là, de sa propension à dénoncer un ordre juridique qui devrait selon lui protéger tel ou tel droit spécifique. Parce que « [l]e langage conditionne la pensée »⁵⁴⁵, le danger consiste à condamner un ordre juridique, qui, s'il garantit des droits fondamentaux, ne les garantit pas tous ou du moins pas ceux que l'auteur, socialisé, connaît dans son propre système comme « évidents ». Néanmoins, la doctrine concernée tend à utiliser l'article indéfini pour désigner le troisième caractère de la « structure de droit », et échappe donc *a priori* au premier piège de l'ethnocentrisme juridique ou « statocentrisme »⁵⁴⁶.

282. Cependant, l'indétermination ne permet pas d'aborder précisément la problématique des droits fondamentaux. Le président de la Cour d'arbitrage de Belgique MELCHIOR s'interrogeait d'ailleurs vivement : « Mais quels sont ces *droits fondamentaux* dont la protection doit être assurée, comment les déterminer, comment se définit ce concept, quelle réalité englobe-t-il ? », et devait se résoudre à l'impossibilité « de fournir une réponse claire à ces questions »⁵⁴⁷. Certes, nous avons déjà défini les droits

⁵⁴⁵ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 1998, 171 p., p. 17.

⁵⁴⁶ Voir par ex. J. CHEVALLIER, « État de droit » in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du droit*, op. cit., pp. 240-241, p. 241 ; J. MOLINIER (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2005, 280 p., p. 219 ; D. SIMON, « La Communauté de droit » in F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., pp. 85-123, p. 96.

⁵⁴⁷ M. MELCHIOR, « La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire - Rapport de la première commission du VII^e Congrès international de droit européen organisé par la Fédération internationale pour le droit européen, du 2 au 4 octobre 1975, *L'individu et le droit européen* », CDE, 1976, pp. 469-476, p. 472.

fondamentaux en général⁵⁴⁸. Toutefois, il s'agit de les aborder ici plus précisément dans leur rapport avec une « structure de droit ». Notamment, l'indétermination porte sur le nombre de droits nécessaires, ou encore sur l'impératif de certains droits spécifiques pour atteindre le niveau suffisant requis par la qualification « de droit ». Si l'existence du droit au recours découle déjà du deuxième caractère – la garantie des normes –, il semble irréalisable de lister objectivement et absolument les droits ainsi impliqués.

283. En effet, le besoin de droit diverge selon les situations et plus généralement selon les sociétés⁵⁴⁹. Les paradigmes juridiques l'illustrent : le même individu est réputé « apte à prendre en main sa destinée conjugale », mais faible en tant que consommateur « mal armé pour résister à de nombreuses tentations et à des incitations à acheter renforcées par les moyens publicitaires les plus efficaces »⁵⁵⁰. En d'autres termes, le « bon père de famille », censé et prudent, est aussi particulièrement faillible en affaires. Le besoin de protection juridique d'une même personne varie donc selon l'environnement.

284. L'importance de la contextualisation est patente. Elle révèle en outre la complexité du paradigme « homme », sur lequel repose pourtant l'ensemble de la science du droit et spécialement la science juridique des droits de l'homme, soit les droits fondamentaux. Stamatios TZITZIS considère d'ailleurs que « pour comprendre ces droits, il faut voir quel homme ils visent et, par-là, les fins qu'ils servent ou doivent servir »⁵⁵¹. La question n'est pas simple, elle peut même étonner ; elle est d'ailleurs souvent négligée⁵⁵². Elle mérite pourtant d'être posée, comme le rappelait le doyen VEDEL⁵⁵³. Elle permettra non seulement de vérifier « la correspondance du droit positif avec » ce paradigme⁵⁵⁴, mais également de prendre conscience, à terme, de la portée de l'originalité communautaire sur la conception de la personne, d'abord limitée à l'*homo œconomicus*⁵⁵⁵.

⁵⁴⁸ Voir *supra*, § 31.

⁵⁴⁹ Voir à ce sujet G. VEDEL, « Les droits de l'homme : quels droits ? Quel homme ? » in *Humanité et droit international, Mélanges en hommage à René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, 382 p., pp. 349-362., p. 353 : « si l'évolution des conditions de vie ne change pas l'homme dans son essence, elle engendre des possibilités, des périls et des rapports qui font apparaître au fil du temps des nécessités nouvelles ».

⁵⁵⁰ Pour les deux citations, C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, 222 p., pp. 164-165.

⁵⁵¹ S. TZITZIS, « Droits de l'homme et droit humanitaire – Mythe et réalité » in H. PALLARD et S. TZITZIS (dir.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, Paris, Montréal, L'Harmattan, 1997, 173 p., pp. 41-62, p. 43.

⁵⁵² Par ex., alors que le professeur VILLEY considère, à propos de la question des « droits de l'homme », qu'« [o]n n'y verra plus clair qu'en [...] séparant » les « deux éléments : "le droit", joint à "l'homme" », il ne réfléchit que sur le droit et néglige la question de « l'homme » : *Le droit et les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 21.

⁵⁵³ G. VEDEL, « Les droits de l'homme : quels droits ? Quel homme ? », *op. cit.*, pp. 349-362, § 15, p. 357.

⁵⁵⁴ C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, *op. cit.*, p. 164.

⁵⁵⁵ Voir en ce sens P. HETSCH, « Émergence des valeurs morales dans la jurisprudence de la C.J.C.E. », *RTDE*, 1982, pp. 511-555, p. 514.

285. Certes, s'interroger sur le concept « homme » ou plutôt « être humain »⁵⁵⁶ induit l'acceptation intellectuelle préalable d'une variabilité apparemment incompatible avec les aspirations universelles des droits de l'homme. La contestation de l'universalité effraie. Pourtant, nier l'existence de cette contestation ne l'anéantira point. La meilleure façon d'empêcher l'aboutissement de telles contestations par des exactions consiste, au contraire, en la réception des arguments auxquels on s'oppose « pour mieux en montrer les failles de l'intérieur »⁵⁵⁷, ou tout simplement encadrer ces idées. Ainsi se questionner sur le concept « être humain » n'est pas forcément incompatible avec une philosophie profondément libérale.

286. Ces premières remarques jettent les bases d'une réflexion nécessaire ; que les droits de l'homme soient définitivement empreint du « flou du droit »⁵⁵⁸ ne doit pas empêcher d'approfondir la question. S'il est impossible d'aboutir à un concept clair d'« être humain », il ne sera pas impossible de dresser une typologie de sa variabilité. L'acceptation d'une telle incertitude (A), loin de remettre en cause l'universalité des droits de l'homme, ouvrira au contraire la voie vers son affermissement (B).

A. Un titulaire ontologiquement variable

287. À la question « Quel homme ? », le doyen VEDEL répondait en substance : « L'homme est l'homme » et « on doit respecter ce qui est son essence » du fait de sa transcendance⁵⁵⁹. Si nous ne pouvons qu'adhérer à cette opinion, elle s'avère dériver de considérations éthiques et philosophico-biologiques. Il est vrai que le doyen VEDEL abordait cette question pour dénoncer les expérimentations génétiques encore projetées à l'époque. Toutefois, l'être humain ne se définit pas uniquement en opposition aux

⁵⁵⁶ Sans rentrer dans les subtilités du débat féministe, nous ferons simplement remarquer qu'il semble étonnant de parler d'universalité pour un concept qui ne désigne, selon l'univers de référence, qu'une seule moitié de l'humanité. La contradiction conceptuelle est suffisamment percutante et symbolique en soi. Elle n'est d'ailleurs adoptée ni en langue anglaise, ni en langue espagnole, ni en langue italienne, dont les correspondants linguistiques de l'expression « droits de l'homme » utilisent le référent « humain ». Voir resp. : *Human rights*, *Derechos humanos* et *Diritti umani*, traductions proposées sous la direction de A.-J. ARNAUD, le *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du droit*, op. cit., p. 208. La *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* qu'O. de GOUGES a rédigée en 1791 est donc vraiment restée lettre morte et son auteur presque pour rien...

Les propos de R. IKOR prennent sous cet angle une ampleur particulière « Un mot, c'est une force. Il en est qui tuent, il en est qui aident à vivre ». (Voir « Le pouvoir des mots » in *Itinéraires – Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, 685 p., pp. 367-370, p. 367). Ne serait-il donc pas possible de choisir l'option constructrice ? En effet, n'en déplaie aux professeurs MATHIEU et VERPEAUX, « Le langage conditionne la pensée », comme le rappelle M. VILLEY, (op. cit., note n° 651). Voir B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, 791 p., p. 14 à propos de l'acceptation de revendications linguistiques féministes « qu'il est permis de juger abusive et démagogique ».

⁵⁵⁷ L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, op. cit., § 608, p. 590.

⁵⁵⁸ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, PUF, 1986, 1^{ère} éd. Quadrige, 2004, 389 p., p. 30.

⁵⁵⁹ G. VEDEL, « Les droits de l'homme : quels droits ? Quel homme ? », op. cit., § 20, p. 361, et à propos de la transcendance, § 16, p. 358.

animaux, par ses capacités intellectuelles, oniriques ou mystiques⁵⁶⁰. L'être humain est également un animal social ou « politique », comme le soulignait ARISTOTE⁵⁶¹. Certes, une telle considération est constatable du fait de sa spécificité biologique. Elle a toutefois le mérite d'écarter toute réflexion métaphysique, fondamentalement invérifiable, sur les raisons de cette nature sociale, en orientant la recherche vers l'observation de ce qui est. Or, plusieurs thèses s'affrontent pour définir l'être humain, en tant que lié à la société, c'est-à-dire sociologiquement.

288. Parce que la sociologie ne doit pas être exclue de tout raisonnement juridique⁵⁶², elle peut d'autant plus éclairer l'intelligibilité de concepts que ceux-ci dépassent le cadre spécifiquement juridique. Cette approche constitue en outre le prolongement du choix de notre rigueur linguistique, impliquant également de s'interroger sur la signification du mot dans les autres matières⁵⁶³.

289. Pour simplifier, deux courants sociologiques originaires s'opposent : le holisme, d'une part et l'individualisme méthodologique, d'autre part.

En premier lieu, le professeur DURKHEIM fonde le courant doctrinal qui prendra le nom de holisme. Celui-ci considère que l'être humain ne se définit qu'au travers de ses liens avec le groupe social auquel il appartient. En outre, la société existe en tant que telle, et exerce sur l'individu une contrainte telle qu'elle conditionne son caractère et son devenir⁵⁶⁴.

Le professeur WEBER diverge de cette logique en développant, en second lieu, le courant de l'individualisme également méthodologique. Celui-ci prétend au contraire que

⁵⁶⁰ À propos d'une réflexion à la fois profonde et divertissante, voir VERCORS, *Les animaux dénaturés*, Paris, Livres de poche, LGF, réédition en 2005, 363 p.

⁵⁶¹ Voir notamment, à ce sujet P. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, op. cit., p. 20. Se référer également à L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, op. cit., p. 16.

⁵⁶² Voir sur cette question J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2^{ème} éd. 2004, 416 p., p. 13 : « Le droit n'existant que par la société, on peut admettre que tous les phénomènes juridiques sont des phénomènes sociaux ». Voir également J. RIVERO, « Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques » in *Mélanges Jean-Jacques Chevallier*, Paris, Cujas, 1978, pp. 247-258 in *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, tome 1, 607 p., pp. 549-561, p. 549 : « toute règle de droit repose sur une certaine idée de l'homme et de la société, c'est-à-dire sur une idée politique au sens le plus large et le plus élevé du terme ».

⁵⁶³ Voir *supra*, §§ 20-21, à propos de notre choix pour la rigueur linguistique. En réalité, le professeur ARNAUD dénonce non seulement la « babélisation » (excès de néologisme gratuit par zèle doctrinal) de la langue du droit, mais également sa « vulgarisation » et sa « balkanisation ». Il s'agit respectivement : d'opérer un choix de mots précis et surtout constant, de manière à éviter de multiplier « les sens jusqu'à perdre la signification » ; et de s'interroger sur la signification du mot dans les autres matières notamment juridiques, pour mieux cadrer sa propre définition, afin de prévenir la sectorisation des sciences du droit, d'autant plus préjudiciable que le droit communautaire influe sur toutes les sciences du droit. Voir A.-J. ARNAUD, « Préface à la première édition » in *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, 758 p., pp. XII-XIII.

⁵⁶⁴ R. BOUDON et F. BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, op. cit., pp. 201-202 à propos de la solidarité organique des sociétés dites avancées : il est certes vrai que le professeur DURKHEIM n'est pas étranger à l'individualisme (pp. 301-305) ; il n'en demeure pas moins qu'il « n'éprouvait qu'antipathie » à l'égard des conceptions atomistes de l'ordre social (p. 203).

la personne est dotée d'un libre-arbitre lui permettant de déterminer son existence. Ainsi la société n'existe-t-elle pas en soi, elle n'est que le résultat de l'agrégat des individus⁵⁶⁵.

290. Le mérite de ces auteurs aura été de fonder la sociologie, et pour ce qui nous intéresse ici, de synthétiser et ainsi clarifier les idées parfois déjà émises concernant la conception de l'être humain. Le holisme se rapproche en effet sensiblement de certains présupposés marxistes, et l'individualisme méthodologique rappelle particulièrement la philosophie libérale « des Lumières »⁵⁶⁶. Or, ces courants devenus politiques ont inspiré la reconnaissance de droits de l'être humain : dès lors que le libéralisme pensait que la personne était actrice de la société, il était logique que lui soient reconnus les droits lui permettant d'exercer son libre-arbitre et donc, empêchant la société d'empiéter sur sa liberté. À l'inverse, le socialisme estimant que la personne subit les contraintes du groupe devait rechercher à protéger celle-là contre celui-ci. Se profile ainsi le fondement théorique profond de la distinction entre les droits civils et politiques permettant à la personne de se réaliser, et les droits économiques et sociaux protégeant la personne qui, malgré toute sa volonté, ne peut pas se réaliser selon le contexte⁵⁶⁷. S'explique également l'apparition de nouveaux droits de l'être humain, à mesure des mutations des rapports sociaux et de la conception conséquemment évolutive de l'être humain⁵⁶⁸. S'éclipse alors la logique historique, de toute façon contestable⁵⁶⁹, en ce que chaque société a sa propre histoire, apportant ainsi par exemple une nouvelle vision de la personne dans un clan ou une lignée justifiant la reconnaissance de droits au profit du groupe⁵⁷⁰.

291. Le contexte social apparaît dès lors déterminant à la compréhension de l'être humain dans sa réalité pratique. Chaque environnement implique un besoin de droit

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 681.

⁵⁶⁶ Voir d'ailleurs, à ce sujet, P.-M. DUPUY, *Droit international public*, *op. cit.*, § 213, pp. 231-234.

⁵⁶⁷ À propos de la contextualisation des droits du Préambule de la Constitution française de 1946 notamment en ce qui concerne la relativité des droits des travailleurs, voir J. RIVERO et G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la constitution : Le préambule », *Droit social*, 1947, vol. 31, pp. 13-35 in *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, tome 1, 607 p., pp. 93-145, § 24, pp. 115-116.

⁵⁶⁸ S. TZITZIS, « Droits de l'homme et droit humanitaire – Mythe et réalité » in H. PALLARD et S. TZITZIS (dir.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, *op. cit.*, pp. 41-62, p. 49 : « La science désigne ici la *doxa*, l'opinion subjective et non pas l'*épistémé* : savoir le révélé comme ce qui est vraiment (*alèthéia*). Les droits de l'homme témoignent donc de l'esprit phénoménologique du sujet : les droits de l'homme comme vérités morales et juridiques sont des figures de la conscience que la raison rend, par les expériences, comme choses existantes mais non pas susceptibles d'être déterminées avec rigueur. C'est pourquoi il y a plusieurs générations des droits de l'homme, droits qui ne cessent de proliférer ».

⁵⁶⁹ Le professeur SUDRE (in *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, § 66, p. 101) dénonce en effet, « la classification trompeuse des droits de l'homme en trois générations [...] Cette présentation relève du discours mystificateur : la numérotation des droits de l'homme suggère à la fois l'idée de progression (la « troisième génération » sous-entend que les droits de la première et de la deuxième générations représentent déjà un acquis) et d'anachronisme (les droits de la première génération, plus encore que ceux de la deuxième génération, semblent d'un autre âge et paraissent relever de la « préhistoire » des droits de l'homme) ».

⁵⁷⁰ À propos de la pertinence des concepts relatifs à un univers de référence et du fait que les populations africaines peuvent voir en sujet de droit le clan ou la lignée, voir M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, Paris, PUF, 2001, 439 p., p. 149. À propos de la perte de vitesse du libéralisme individualiste au profit des groupes, voir A. MATHIOT, « Agonie de quelques vieux principes », *Il politico*, 1950, pp. 3-16 in *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, tome 1, 607 p., pp. 81-92, pp. 91-92.

spécifique et appelle une réponse adaptée⁵⁷¹, c'est-à-dire des droits et, par là, des droits de l'être humain potentiellement différents. Pour autant, cette variabilité ontologique n'emporte pas de conséquence sur le caractère transcendantal de l'être humain : des mises en œuvre différentes n'impliquent pas l'impossibilité d'un fondement unique.

B. Une universalité précisée

292. L'universalité des droits de l'homme constitue une des « traditions éthiques les plus fondamentales »⁵⁷². Pourtant, il faut bien se résoudre à constater que les droits de l'être humain divergent « de contenu dans l'espace »⁵⁷³. Certains remettent d'ailleurs directement en cause l'idée même d'universalité en se fondant sur le fait que la philosophie libérale est fondamentalement occidentale et chrétienne⁵⁷⁴. Au-delà des arguments fondés sur une mauvaise foi politicienne⁵⁷⁵, nous devons cependant accepter de recevoir des critiques d'auteurs de socialisation différente⁵⁷⁶ ; à défaut, nous tomberions clairement dans une forme d'ethnocentrisme moralisateur particulièrement détestable et surtout subjectif⁵⁷⁷. Nous avons d'ailleurs appréhendé la relativité de la notion sociologique d'être humain dans ce sens.

293. Pour autant, s'il est possible de considérer l'être humain de différentes façons, tous ces raisonnements potentiels partent au fond du même postulat : l'être humain. Chaque personne constitue non seulement un individu, socialisé, mais aussi ce que Hassan ABDELHAMID appelle l'« Homme universel »⁵⁷⁸. Comme le disait

⁵⁷¹ À ce propos, se référer à A. BARAK, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *op. cit.*, pp. 241-242.

⁵⁷² J. CALLEWAERT, « Les droits fondamentaux entre cours nationales et européennes - Observations sous Cour constitutionnelle allemande (2^{ème} chambre) 7 juin 2000 (2BUL 1/97) », *RTDH*, 2001, pp. 1183-1205, p. 1186.

⁵⁷³ G. VEDEL, « Les droits de l'homme : quels droits ? ... », *op. cit.*, § 10, p. 355.

⁵⁷⁴ À propos du fondement chrétien des droits de l'homme, voir par ex. J. TOUSCOZ, « Les droits de l'homme et l'Europe » in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, 556 p., pp. 495-504, pp. 496-500 ; ou encore M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, *op. cit.* Pour une mise en corrélation de la variation de l'idée la dignité avec l'idée qu'en véhicule la religion, voir J. MOURGEON, « L'universalité des droits de l'homme entre foi et droit » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. II, pp. 1265-1282, spéc. pp. 1279-1281.

⁵⁷⁵ Voir à ce sujet Y. BEN ACHOUR, « Les droits fondamentaux entre l'universalité et les spécificités culturelles et religieuses » in H. PALLARD et S. TZITZIS (dir.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, *op. cit.*, pp. 81-94, p. 89 : « La contestation au nom des spécificités culturelles a lieu soit pour masquer des régimes policiers ou dictatoriaux, soit pour contester la législation issue nécessairement des droits de l'homme ».

⁵⁷⁶ Voir à ce titre J.-C. KAMDEM, « Personne, culture et droits en Afrique noire » in H. PALLARD et S. TZITZIS (dir.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, *op. cit.*, pp. 95-117, p. 97 : « Ce n'est pas les droits qui sont en cause, mais la prétention occidentale de les imposer comme critère exclusif de jugement en niant aux autres cultures toute possibilité de les récuser ou de ne pas les retenir tels quels ».

⁵⁷⁷ À propos d'une condamnation similaire, voir J. MOURGEON, « L'universalité des droits de l'homme entre foi et droit », *op. cit.*, p. 1276.

⁵⁷⁸ H. ABDELHAMID, « Les droits de l'homme et l'"Homme universel" » in H. PALLARD et S. TZITZIS (dir.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, *op. cit.*, pp. 63-80, spéc. p. 79.

effectivement MONTAIGNE, chaque « homme porte en soi la forme entière de l'humaine condition »⁵⁷⁹. On retrouve d'ailleurs la logique de l'adjonction d'un élément constitutif spécial du crime contre l'humanité : l'intention de toucher à l'humanité dans la personne atteinte au-delà d'elle-même⁵⁸⁰.

Autrement dit, l'être humain peut être sociologiquement variable mais il demeure toujours un être humain. Le philosophe Gérard ISRAËL reconnaît ainsi que :

« les droits de l'homme dépendent de l'homme lui-même ; qu'ils représentent une aspiration inhérente à l'existence même ; à la vie qui explose en chaque individu et le conduit à en revendiquer la jouissance et l'exercice »⁵⁸¹.

L'homme ne peut ainsi pas échapper à sa condition même en modifiant son aspect ou son sexe. Il ne peut de la même manière disposer de l'humanité des autres. C'est en ce sens qu'il est possible de parler de transcendance : l'humanité est transcendante à l'être humain. Personne ne peut toucher ni à sa propre humanité ni à celle des autres ; les droits de l'homme ne disent pas fondamentalement autre chose.

294. Par conséquent, le principe des droits de l'être humain découle de l'idée même d'être humain. Il ne peut logiquement être dénié. La transcendance s'arrête toutefois là : elle ne peut justifier que le principe des droits de l'homme et non leur formulation pratique. Plus précisément, si les droits de l'homme sont reconnus, ils le sont théoriquement, mais une fois mis en œuvre, rares sont les hypothèses où ils ne se confrontent pas les uns aux autres. Même le droit à la vie n'est pas absolu face au droit de la femme de disposer de son corps découlant d'une certaine liberté individuelle. D'ailleurs, la doctrine s'interroge en conséquence sur l'éventuelle existence de limites au droit à la dignité pourtant conçu comme intangible⁵⁸².

Aussi, si les droits de l'homme sont universels dans leur principe, le résultat de leur conciliation inévitable dépend de l'importance sociale attribuée à la protection de tel

⁵⁷⁹ MONTAIGNE, *Les essais*, Livre III, Chap. II, « Du repentir ».

⁵⁸⁰ M. DELMAS-MARTY, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *Revue de sciences criminelles*, 1994, pp. 477-490, p. 490.

⁵⁸¹ G. ISRAËL, « L'humanité des droits de l'homme » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. II, pp. 993-1006, p. 993.

⁵⁸² À propos de la conciliation « critiquable » du principe de dignité de l'embryon et du principe de liberté de la mère par le Conseil constitutionnel français dans sa décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, *Loi relative à l'IVG et à la contraception*, *Rec.*, p. 74, voir B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p. 510.

Puisque la dignité protège l'humanité, nous estimons toutefois qu'elle devient transcendante et ne peut qu'être absolue. En ce qui concerne le problème soulevé par la doctrine, nous pensons qu'il serait intéressant de poser la question en d'autres termes. Notamment, la solution adoptée à propos de l'IVG ne manifesterait-elle pas plutôt une difficulté à attribuer une personnalité juridique à l'embryon ? En effet, l'embryon est biologiquement dépendant du corps de la mère ; il n'en est pas détachable, un peu comme le sont les immeubles par destination de l'article 520 du Code civil français. La comparaison peut choquer ; elle correspond pourtant à l'hypothèse de l'embryon qui, tant qu'il est matériellement lié à la mère, n'a pas d'existence juridique indépendante de celle-ci, à moins qu'une fiction juridique en décide autrement. Ainsi toute personne est titulaire d'un droit à la protection de sa dignité absolue, à partir du moment où elle acquiert la qualité de personne en droit. Toute la difficulté tient alors en la conciliation des réalités matérielles et des fictions juridiques.

ou tel titulaire. Or, cette importance sociale ne peut résulter que d'une certaine conception sociologique de l'être humain, à laquelle n'échappe ni le législateur, ni le juge : l'individu en cause est-il apte ou doit-il être protégé au regard des spécificités conjoncturelles ? En d'autres termes, selon le contexte, certains droits deviennent plus importants que d'autres et ceci, en outre, alternativement. Il n'existe alors aucun niveau de garantie de droits acquis. Le revirement de jurisprudence du Conseil constitutionnel français déniait ce que la doctrine avait pu nommer « l'effet cliquet anti-retour » s'inscrit certainement dans cette logique⁵⁸³.

295. Le monde assiste alors à une sorte de globalisation des droits de l'être humain tout à fait positive⁵⁸⁴, en ce qu'elle permet la prise de conscience de l'universalité de son principe. Il ne s'agit pour autant pas de tomber dans l'erreur dénoncée par le professeur CASSESE et de faire des droits de l'être humain « une sorte de *nouvelle religion de l'humanité* »⁵⁸⁵. Parce que sociologiquement l'être humain est variable, la mise en œuvre des droits de l'être humain ne peut être universelle : c'est certainement pour cela que certains auteurs préfèrent parler de vocation universalisante des droits de l'être humain⁵⁸⁶, ou distinguer universalité critiquable et universalisme positif⁵⁸⁷.

296. Accepter une relativité pratique des droits de l'être humain découlant d'une variabilité du concept « être humain » emporte cependant une limite en rapport avec la « structure de droit » : les droits de l'être humain doivent acquérir un certain niveau d'existence et un certain niveau de garantie. La difficulté tient en ce qu'il est impossible de quantifier objectivement ces niveaux, comme nous l'avons déjà énoncé⁵⁸⁸. Le professeur AKKERMANS propose toutefois de réfléchir sur la fonction des droits de l'homme, puisque les fonctions ouvrent la possible quantification :

« Si la fonction des droits de l'homme comprend la protection de la marge d'action et de décision des citoyens, en particulier contre le système politique (dont l'ambition latente est de dominer) on peut voir si, à leur idée, cette marge existe et si elle est suffisante. [...] Cela ne veut d'ailleurs pas dire que chaque opinion (d'une majorité ou d'une minorité très motivée) doit se réaliser dans la formulation d'un droit de l'homme et de la protection qui s'y attache. Des décisions politiques sont pour cela nécessaires, visant à l'adaptation du système juridique. Le cadre de référence dans lequel on doit

⁵⁸³ Pour une synthèse de la question, voir CCC, 2003, n° 16, à propos de la déc. n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, Rec., p. 455, dans laquelle fut invoquée en vain la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993, en vertu de laquelle « le législateur ne peut réglementer les conditions du droit à l'asile que pour le rendre plus effectif ».

⁵⁸⁴ Voir J. CALLEWAERT, « Les droits fondamentaux entre cours nationales et européennes - Observations sous Cour constitutionnelle allemande (2^{ème} chambre) 7 juin 2000 (2BUL 1/97) », *op. cit.*, p. 1186.

⁵⁸⁵ A. CASSESE, « La valeur actuelle des droits de l'homme » in *Humanité et droit international, Mélanges en hommage à René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, 382 p., pp. 65-75, p. 66.

⁵⁸⁶ Voir, à ce sujet, M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, *op. cit.*, p. 346.

⁵⁸⁷ Voir en ce sens P. WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1995, 142 p., pp. 42-45.

⁵⁸⁸ Voir *supra*, § 282.

prendre ces décisions est celui qui est accepté par la culture juridique en question et le système juridique de la communauté internationale. Ce cadre n'est pas rigide, mais on ne peut se débarrasser de la tâche consistant à mettre ces éléments en balance »⁵⁸⁹.

L'auteur suggère finalement de s'intéresser à la marge d'action et de décision des citoyens. Si nous proposons d'élargir à la catégorie des personnes en général, il s'avère qu'un tel outil n'est pas miraculeux : notre quête de scientificité se heurte à une recherche d'un niveau de satisfaction individuelle qui ne peut qu'être subjective. À l'instar de toute recherche en sciences sociales, la scientificité molle déjà décrite constitue heureusement une parade essentielle⁵⁹⁰.

297. Cette méthodologie n'apporte certes pas de critères absolus autorisant l'évaluation du niveau de protection des droits de l'être humain dans une « structure de droit ». Elle permet cependant de les approcher au plus près de leur essence : parce que leur sujet est ontologiquement variable, il devient possible de concevoir que des systèmes juridiques ne garantissent pas les mêmes droits fondamentaux, ou pas de la même manière, tout en conservant leur qualificatif « de droit ». L'argument répond donc clairement aux contestations des droits de l'homme, tout en préservant leur universalité.

Supposer que la Communauté et l'Union de droit doivent garantir des droits fondamentaux n'implique alors pas automatiquement que l'ordre juridique communautaire protège les mêmes droits fondamentaux qu'un État de droit, surtout que les titulaires personnels du droit communautaire n'en sont que des sujets médiatisés. À mesure de l'approfondissement de la construction communautaire, leur statut a toutefois évolué vers une citoyenneté communautaire, préfigurant l'évolution dont ont fait l'objet les droits fondamentaux au sein de la Communauté puis de l'Union européennes de droit.

Seconde section. La caractérisation évolutive des « structures de droit » communautaires

298. Au début de la construction communautaire, les droits fondamentaux ne sont pas apparus comme nécessaires à ses fondations. Il est vrai que le traité CECA était particulièrement technique, et que les élans libéraux avaient été jugulés par l'échec de l'ambitieux projet de la Communauté politique européenne⁵⁹¹. Aussi, « l'euphorie du début avait fait place à une sobriété toute utilitaire, et l'on avait perdu de vue l'idée plus

⁵⁸⁹ P. AKKERMANS, « "Rule of law, Rechtsstaat" et droits de l'homme : clef de voûte de la démocratie », *op. cit.*, pp. 65-66.

⁵⁹⁰ Voir *supra*, § 15.

⁵⁹¹ Le Traité instituant la Communauté européenne de défense (CED), et surtout l'ambitieuse Communauté politique européenne (CPE) arboraient en effet des allures de structure fédérale. Voir par ex. C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, Juris-Classeur, Paris, 2004, 494 p., §§ 12 et 13, pp. 5-6 : le traité CED datant du 2 mai 1952 fut l'objet de vives discussions à l'Assemblée nationale française, qui se soldèrent par un rejet du traité CED le 30 août 1954 et, par là même, du traité CEP dont le texte, adopté le 10 septembre 1952, jetait « les bases d'une entité très proche d'un État fédéral européen » (§ 12).

générale des droits fondamentaux »⁵⁹² dans une logique purement économique⁵⁹³. Rétrospectivement, il s'agissait d'une erreur, mais d'une erreur d'autant plus excusable que la question des droits de l'être humain relevait de la compétence d'un traité spécialement conçu pour elle : la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* signée à Rome le 4 novembre 1950⁵⁹⁴.

299. La conjoncture aidant, les acteurs de la construction communautaire prirent progressivement conscience de la nécessité de protéger des droits fondamentaux. La CJCE initia un mouvement rapidement suivi par les autres institutions communautaires : à une série d'arrêts de principe⁵⁹⁵ succéda la *Déclaration commune du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur les droits fondamentaux* du 5 avril 1977⁵⁹⁶. Une telle aspiration ne s'accompagnait cependant pas de considération pour la construction d'une Communauté de droit⁵⁹⁷ : l'expression n'apparaîtra que plus tard, notamment dans l'arrêt de la CJCE, *Les Verts*, de 1986⁵⁹⁸.

300. La vocation de la construction communautaire à protéger des droits fondamentaux fut ensuite codifiée à l'occasion de la consécration de l'Union européenne, lors du Traité de Maastricht de 1992⁵⁹⁹. Il est à ce titre intéressant de souligner que l'expression « État de droit » apparaît pour la première fois dans le vocabulaire des Préambules communautaires ; la remarque est d'autant plus saisissante que cette première occurrence est énoncée à côté des droits fondamentaux. Le troisième paragraphe du Préambule de 1992 confirme en effet l'attachement des États membres, dans la construction communautaire, « aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'État de droit ». La juridiction communautaire ne s'est toutefois jamais encore référée à l'Union de droit.

301. Les liens entre les droits fondamentaux et la considération pour la structuration de droit semblent alors avoir évolué différemment selon les étapes de la construction communautaire. Si dans un premier temps, les développements des droits

⁵⁹² M.A. DAUSES, « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *RTDE*, 1984, pp. 401-424, p. 402.

⁵⁹³ Voir, à ce sujet, L.-J. CONSTANTINESCO, « La constitution économique de la C.E.E. », *RTDE*, 1977, pp. 244-281.

⁵⁹⁴ J.-P. PUISSOCHET, « La Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de l'homme » in *Protection des Droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Berlin, Bonn, Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 1587 p., pp. 1139-1151, p. 1139.

⁵⁹⁵ CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder c/ Ville d'Ulm – Sozialamt*, aff. 26/69, *Rec.*, p. 419 ; 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, *Rec.*, p. 1125 ; 14 mai 1974, *Nold KG c/ Commission*, aff. 4/73, *Rec.*, p. 491.

⁵⁹⁶ *JOCE*, C 103 du 27 avril 1977, pp. 1-2.

⁵⁹⁷ Certes, la *Déclaration commune* de 1977 rappelait « que les traités instituant les Communautés européennes se fondent sur le principe du respect du droit ». Une telle considération n'était toutefois présentée que dans le Préambule qui ne dispose normalement pas de valeur contraignante.

⁵⁹⁸ CJCE, arrêts du 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement*, aff. 294/83, *Rec.* p. 1339, pt 23.

⁵⁹⁹ *JOCE*, C 224 du 31 août 1992, pp. 1-79 .

fondamentaux puis de la Communauté de droit apparaissent indépendants (§1), dans un second temps, la consécration d'une Union de droit témoigne de la volonté de rendre convergentes les considérations tenant à la logique de la « structure de droit » et celles relatives aux droits fondamentaux au bénéfice de l'Union européenne. Cette confluence demeure cependant encore inachevée (§2).

§1. Le développement parallèle des droits fondamentaux et de la Communauté de droit

302. Initialement, les droits fondamentaux communautaires d'une part, et la Communauté de droit d'autre part, sont tous deux des produits jurisprudentiels. Leur reconnaissance a toutefois procédé de logiques indépendantes : leur existence est proclamée à intervalles suffisamment éloignés pour corroborer le fait que le juge ne les rapproche pas. L'apparition successive des droits fondamentaux communautaires (A), puis de la Communauté de droit (B) n'induit donc pas que les premiers aient pu caractériser la seconde. Ils se révèlent au contraire autonomes les uns par rapport à l'autre.

A. L'apparition autonome des droits fondamentaux communautaires

303. Les droits fondamentaux n'étaient à l'origine pas conçus comme une priorité de la construction communautaire. Quasi-absents des traités, le juge communautaire ne pouvait les développer. Aussi ne pouvait-il que rejeter toute argumentation fondée sur une violation des droits fondamentaux, surtout lorsque des droits fondamentaux nationaux étaient invoqués alors que la CJCE « n'a pas à se prononcer sur les règles de droit interne »⁶⁰⁰. Effectivement, « il n'appartient pas à la Cour, juge de la légalité des décisions [communautaires] [...] d'assurer le respect des règles de droit interne, même constitutionnelles, en vigueur dans l'un ou l'autre des États membres »⁶⁰¹.

Si certains y voient déjà l'expression de la « primauté absolue du droit communautaire »⁶⁰², il s'agit plutôt de la conséquence logique du système juridique communautaire : la CJCE demeure compétente uniquement pour apprécier la *communautarité* endogène des actes communautaires, c'est-à-dire de leur validité par rapport aux normes communautaires, et non par rapport aux normes nationales. La CJCE a d'ailleurs maintes fois souligné les termes de sa compétence. Notamment, dans son arrêt *Dow Chemical Ibérica*, elle rappelle que :

« la validité des actes communautaires ne saurait être appréciée qu'en fonction du seul droit communautaire et [...], dès lors, l'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par

⁶⁰⁰ CJCE, 4 février 1959, *Friedrich Stork & Cie c/ Haute Autorité*, aff. 1/58, *Rec.*, p. 43, pt 4, A).

⁶⁰¹ CJCE, 15 juillet 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr, "Präsident", "Geitling", "Mausegatt"*, et *Entreprise I. Nold KG c/ Haute Autorité*, aff. jointes 36, 38 et 40/59, *Rec.* p. 857.

⁶⁰² L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, § 592.

la Constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État »⁶⁰³.

Une telle déduction apparaissait logiquement légitime et n'appela d'ailleurs aucune critique particulière de la part des juridictions nationales.

304. La reconnaissance de la primauté du droit communautaire et de son effet direct devait toutefois bouleverser cet état de fait. Les arrêts *Van Gend en Loos* et *Costa*⁶⁰⁴ n'étaient pas sans bousculer les juridictions nationales... S'initia une série de jurisprudences nationales et communautaires dont la mise en perspective historique ne peut que révéler le caractère dialogique. Devaient en résulter l'affirmation du principe des droits fondamentaux communautaires (1), puis leur spécification (2) et, enfin, leur développement pratique (3).

1. La reconnaissance des droits fondamentaux communautaires

305. Tout d'abord, la Cour constitutionnelle fédérale allemande répondit à l'incompétence de la CJCE pour apprécier les règles nationales par la circonscription de sa propre compétence. Elle s'empêchait alors de juger de la validité des actes des institutions communautaires. Elle compléta son raisonnement par une précision qui ne pouvait passer inaperçue. En expliquant qu'il « n'est pas statué ici sur la question de savoir si la Cour constitutionnelle fédérale pouvait [...] apprécier le droit communautaire en fonction des dispositions de la Loi fondamentale énonçant des droits fondamentaux »⁶⁰⁵, elle subodorait qu'il serait possible qu'elle se déclare compétente en la matière. Or, cela aurait été proprement contraire aux grands principes que la CJCE avaient reconnus. La primauté du droit communautaire ne peut effectivement pas supporter une quelconque subordination, même aux droits constitutionnels nationaux⁶⁰⁶. Une telle précision appelait sans aucun doute une réaction de la part de la CJCE.

306. Dans un souci de sauvegarde de l'ordre juridique communautaire, la CJCE se devait en effet de prévenir toute remise en cause de la norme « première » communautaire impliquant sa primauté sur les normes nationales. Elle chercha donc à rassurer le juge constitutionnel allemand en proposant une alternative aux droits fondamentaux constitutionnels allemands : les droits fondamentaux communautaires. Dans son arrêt *Stauder*, la CJCE évoque ainsi pour la première fois « les droits

⁶⁰³ CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Chemical Ibérica SA et autres c/ Commission*, aff. jointes 97 à 99/87, *Rec.*, p. 3165, pt 38.

⁶⁰⁴ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos c/ Administratie der Belastingen*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3 ; 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141.

⁶⁰⁵ Cour constit. fédérale allemande, 18 octobre 1967, *BVerfGE*, 22, p. 293, arrêt reproduit par P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes – Étude des sources du droit communautaire*, op. cit., pp. 304-306. Voir également l'extrait in J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, op. cit., pp. 931-932.

⁶⁰⁶ Voir *supra*, §§ 80-90.

fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect »⁶⁰⁷.

307. L'objectif pédagogique de la CJCE était certainement atteint puisque le Tribunal administratif de Francfort préféra s'adresser directement à la CJCE alors même qu'il s'inspirait des propos de la Cour constitutionnelle fédérale allemande⁶⁰⁸. Le juge national tirait en fait toutes les conséquences de la réserve de celle-ci, et les confrontait aux logiques communautaires. Toutefois, la tentative de la CJCE d'apaiser les revendications libérales avait été visiblement insuffisante. L'affirmation assez lapidaire que la CJCE assurait le respect de droits fondamentaux au nombre des principes généraux du droit communautaire n'offrait effectivement aucun substitut clair : la Cour ne définissait même pas ce qu'il fallait entendre par ces mots. Elle devait cependant profiter de l'occasion pour spécifier un peu mieux les droits fondamentaux communautaires.

2. La spécification des droits fondamentaux communautaires

308. Dans l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft* ainsi soumise, la CJCE comprit qu'elle devait approfondir sa reconnaissance des droits fondamentaux communautaires. Aussi énonça-t-elle que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect » et, surtout, que « la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté »⁶⁰⁹. Une telle position était particulièrement judicieuse. D'une part, la CJCE tentait clairement de rassurer les juges nationaux en déclarant s'inspirer de leurs *propres* traditions constitutionnelles. D'autre part, elle figurait la tâche des juges de la juridiction communautaire, eux-mêmes issus de cultures juridiques nationales. De la nécessité de se mettre d'accord émanait une comparaison des diverses positions possibles dans le contexte communautaire que les logiques constitutionnelles comparatistes rendaient possible⁶¹⁰.

309. L'affaire *Internationale Handelsgesellschaft* constitua en outre l'occasion pour la CJCE de répondre aux sous-entendus de la Cour constitutionnelle fédérale allemande de 1967. La reconnaissance des droits fondamentaux communautaires succédait en effet à une proclamation éclatante de la primauté du droit communautaire sur toutes les normes nationales « quelles qu'elles soient »⁶¹¹. En découlait

⁶⁰⁷ CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder c/ Ville d'Ulm – Sozialamt*, aff. 26/69, *Rec.*, p. 419, pt 7.

⁶⁰⁸ TA de Francfort, ordonnance, 18 mars 1970, citée par : CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, *Rec.*, p. 1125, pt 1.

⁶⁰⁹ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, *ibid.*, pt 4.

⁶¹⁰ Le professeur et juge PESCATORE nous indiqua en effet s'être directement inspiré de la pensée du doyen FAVOREU pour élaborer le concept de « traditions constitutionnelles communes aux États membres ».

⁶¹¹ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, *op. cit.*, pt 3.

l'inopposabilité des droits fondamentaux constitutionnels nationaux aux actes communautaires. Le juge communautaire poussait alors la logique de la primauté jusqu'à son terme, au grand dam de plusieurs juges nationaux.

310. Si certains juges nationaux abondèrent dans le sens de la CJCE⁶¹², d'autres campèrent sur leur position en formulant une réserve de constitutionnalité, peut-être toujours méfiants vis-à-vis d'un juge qui se veut rassurant en se référant à des traditions constitutionnelles communes qu'il ne rappelle même pas dans un arrêt du même jour⁶¹³. Notamment, la Cour constitutionnelle italienne maintint sa logique dualiste déjà appliquée au droit communautaire⁶¹⁴ pour refuser que les limitations de souveraineté « puissent, de quelque manière, comporter, pour les institutions de la CEE un pouvoir inadmissible de violer les principes fondamentaux de notre ordre juridique constitutionnel ou les droits inaliénables de la personne humaine »⁶¹⁵. Le juge constitutionnel italien s'opposait en définitive clairement à la primauté générale du droit communautaire sur les normes nationales spécialement constitutionnelles et libérales. Le juge communautaire ne pouvait de nouveau rester impassible.

311. Dans l'arrêt *Nold*, la CJCE entreprit en effet d'approfondir encore sa spécification des droits fondamentaux communautaires, de manière à ce que les juges nationaux soient convaincus de la qualité de la substitution de la protection des droits fondamentaux. Elle intègre ainsi, dans les sources des droits fondamentaux communautaires, les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme. On put considérer qu'était implicitement visée la CESDH de 1950 invoquée par le requérant, d'autant que tous les États membres avaient depuis peu ratifié cet instrument⁶¹⁶ :

⁶¹² Cour supérieure de Justice du Grand-Duché de Luxembourg (cassation), 14 juillet 1964, *Chambre des Métiers c/ Pagani et M.P.* ; Cour de cassation belge, 27 mai 1971, *État belge c/ SA « Fromagerie Franco-Suisse Le Ski »*, *Pasicrisie belge*, 1971, I, p. 886. Arrêts partiellement reproduits par P. PESCATORE dans *L'ordre juridique des Communautés européennes – Étude des sources du droit communautaire*, op. cit., resp. p. 301 et pp. 311-312.

⁶¹³ CJCE, 17 décembre 1970, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel c/ Köster et Berodt & Co*, aff. 25/70, *Rec.*, p. 1161, pt 22 : le juge ne reprend que sa formule de 1969.

⁶¹⁴ Cour constit. italienne, arrêt n° 14 du 7 mars 1964, *Costa c/ ENEL*, *Il Foro Italiano*, I, p. 465 et arrêt n° 98 du 27 décembre 1965, *San Michele*, *Il Foro Italiano*, I, p. 8. Voir J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, op. cit., pp. 1041-1042.

⁶¹⁵ Cour constit. italienne, arrêt n° 183 du 27 décembre 1973, *Frontini et Pozzani*, *Il Foro Italiano*, I, p. 31.

⁶¹⁶ Si l'Allemagne, la Belgique, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas avaient tous ratifié la CESDH avant l'entrée en vigueur du traité CEE, la France ne ratifia ce traité que le 3 mai 1974, soit une dizaine de jours seulement avant le prononcé de l'arrêt *Nold* de la CJCE. Celui-ci ayant été rédigé préalablement, les juges ont adopté une formule générique, évoquant la coopération des États, qui permettait de faire face à une ratification française qui aurait pu être plus tardive. Voir le site Internet du Conseil de l'Europe : <<http://conventions.coe.int/treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=&DF=&CL=FRE>>.

À propos de la prise en considération par la juridiction communautaire de la date des engagements internationaux des États membres par rapport à la date de leur engagement communautaire, voir récemment : TPICE, 21 septembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi c/ Conseil et Commission*, aff. T-315/01, *Rec.*, p. II-3649, pt 187.

« Attendu que, ainsi que la Cour l'a déjà affirmé, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect ;

Qu'en assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres et ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions de ces États ;

Que les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire ; »⁶¹⁷

La formule est encore plus percutante qu'en 1970. Non seulement la mention des droits fondamentaux communautaires n'est plus précédée par un rappel de la primauté absolue du droit communautaire, mais encore il n'est plus question que la Cour s'écarte de la garantie nationale des droits fondamentaux constitutionnels sous le couvert d'une adaptation au contexte communautaire. Elle y est au contraire dorénavant « tenue ».

312. De telles concessions terminologiques et conceptuelles ne devaient toutefois pas éviter le manifeste de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Il est vrai que, en à peine quinze jours, il aurait été difficile d'apprécier la portée des nouvelles précisions de la CJCE. Le juge constitutionnel allemand, saisi par le Tribunal administratif de Francfort pour la même affaire *Internationale Handelsgesellschaft* qui avait donné lieu à la question préjudicielle envisagée ci-dessus, concrétisa ses sous-entendus de 1967 par une formule devenue célèbre :

« aussi longtemps que le processus d'intégration de la Communauté n'a pas atteint un stade suffisamment avancé pour que le droit communautaire comporte également un catalogue en vigueur de droits fondamentaux, arrêté par un Parlement et correspondant au catalogue des droits fondamentaux consacré par la Loi fondamentale, le renvoi au *Bundesverfassungsgericht* par une juridiction de la République fédérale d'Allemagne dans le cadre de la procédure de contrôle de la constitutionnalité des lois et des autres actes de l'autorité publique (*Normenkontrollverfahren*), postérieur à une demande de décision de la CJCE comme prescrit dans l'article 177 du traité, est recevable et s'impose dès lors que ladite juridiction considère la disposition de droit communautaire déterminante à son avis, telle que la CJCE l'a interprétée, comme inapplicable au motif et en tant qu'elle heurte un des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale »⁶¹⁸.

En bref, tant que l'ordre juridique communautaire ne protège pas suffisamment les droits fondamentaux, une norme communautaire contraire à l'un des droits fondamentaux garantis par la Constitution allemande est inopposable à ce dernier, et donc inapplicable sur le territoire allemand. En l'absence de projet politique abouti tendant à développer une charte des droits fondamentaux, il restait dès lors à la CJCE à développer sa protection des droits fondamentaux communautaires.

⁶¹⁷ CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c/ Commission*, aff. 4/73, *Rec.*, p. 491, pt 13.

⁶¹⁸ Cour constit. fédérale allemande, 29 mai 1974, *Internationale Handelsgesellschaft c/ EVGF, So lange I, BverfGE*, 37, p. 271.

3. Le développement des droits fondamentaux communautaires

313. De nombreux arrêts intervinrent ainsi dans divers domaines ; la CJCE reconnut explicitement notamment et au-delà des grandes libertés de circulation du traité : la liberté syndicale⁶¹⁹, la liberté de pensée, de conscience et de religion⁶²⁰, l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe⁶²¹, les droits de la défense y compris dans le cadre d'une procédure administrative⁶²², le droit au libre exercice de l'activité économique⁶²³, le droit de propriété⁶²⁴ ou encore la protection de la vie privée⁶²⁵. Dans le même temps, les autres institutions communautaires affirmaient leur attachement aux droits fondamentaux dans leur *Déclaration commune* du 5 avril 1977 précitée.

314. C'est dans ce contexte de développement des droits fondamentaux communautaires que la Cour constitutionnelle italienne organisa un revirement de jurisprudence remarqué. Dans son arrêt *Granital*⁶²⁶, elle prit en effet acte de la condamnation *Simmenthal* prononcée par la CJCE à son encontre⁶²⁷ : elle reconnut la primauté du droit communautaire même sur une loi nationale postérieure aux traités⁶²⁸. La Cour constitutionnelle italienne maintint toutefois sa réserve de constitutionnalité à propos des droits fondamentaux constitutionnels. Cette réserve intéresse la situation d'un règlement communautaire contraire notamment aux « libertés inaliénables de la personne humaine » ouvrant, par là, le prétoire constitutionnel par une exception d'inconstitutionnalité concernant la loi d'exécution du Traité⁶²⁹. L'hypothèse, même considérée comme aberrante par le juge, n'en constitue pas moins une véritable « épée de

⁶¹⁹ CJCE, 8 octobre 1974, *Syndicat général du personnel des organismes européens contre Commission*, aff. 18/74, *Rec.*, p. 933, pt 10. Voir également *supra*, §§ 626-629.

⁶²⁰ CJCE, 27 octobre 1976, *Vivien Prais c/ Conseil*, aff. 130/75, *Rec.*, p. 1589, pts 16 à 18. À propos des libertés d'expression et de réunion qu'elle engendre, voir *infra*, resp. §§ 618-621, et §§ 622-625.

⁶²¹ CJCE, 15 juin 1978, *Gabrielle Defrenne c/ SA belge de navigation aérienne Sabena*, aff. 149/77, *Rec.*, p. 1365, pt 17. À propos du principe général d'égalité et de non-discrimination, voir *infra*, §§ 587-590.

⁶²² CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission*, aff. 85/76, *Rec.*, p. 461, pt 9. Voir également *supra*, §§ 591-594.

⁶²³ CJCE, 27 septembre 1979, *SpA Eridania - Zuccherifici nazionali et SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri contre Ministre de l'agriculture et des forêts, Ministre de l'industrie, du commerce et de l'artisanat et SpA Zuccherifici meridionali*, aff. 230/78, *Rec.*, p. 2749, pts 20 à 22. Voir également *supra*, §§ 606-609.

⁶²⁴ CJCE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz*, aff. 44/79, *Rec.*, p. 3727, pt 17. Voir également *supra*, §§ 602-605.

⁶²⁵ CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic (UK) Limited c/ Commission*, aff. 136/79, *Rec.*, p. 2033, pt 9. Voir également *supra*, §§ 614-617.

⁶²⁶ Cour constit. italienne, arrêt n° 170 du 8 juin 1984, *Granital c/ Amministrazione delle finanze*, *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, p. 1098.

⁶²⁷ CJCE, 28 juin 1978, *Simmenthal SpA c/ Amministrazione delle finanze*, aff. 70/77, *Rec.*, p. 1453.

⁶²⁸ Voir à ce sujet M. DARMON, « Juridictions constitutionnelles et droit communautaire (Réflexions sur la jurisprudence constitutionnelle d'Italie, de République fédérale d'Allemagne et de France relative à l'insertion du droit communautaire dans l'ordonnancement juridique interne) », *op. cit.*, p. 225.

⁶²⁹ L. DANIELE, « Après l'arrêt Granital : droit communautaire et droit national dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle italienne », *CDE*, 1992, pp. 3-21, p. 16.

Damoclès »⁶³⁰. L'approche réconciliatrice du juge italien demeurerait ainsi mesurée, au moins symboliquement.

315. La Cour constitutionnelle fédérale allemande devait également adopter une logique comparable, quoique d'une manière qui nous semble plus éclatante. Dans un arrêt du 22 octobre 1986, elle décida de revenir sur sa jurisprudence baptisée *So lange I*. Sans la remettre en cause, elle modifia son appréciation du niveau global de protection des droits fondamentaux communautaires et estima que :

« aussi longtemps que la Communauté européenne, et en particulier la jurisprudence de la Cour de justice, garantit de façon globale une protection effective des droits fondamentaux à l'égard des pouvoirs publics des Communautés, qui puisse être considérée comme essentiellement comparable à celle de la garantie impérative des droits fondamentaux de la Loi fondamentale, et en particulier qui protège de façon générale la substance (*Wesensgehalt*) des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle n'exercera pas sa compétence juridictionnelle à propos de l'applicabilité du droit communautaire dérivé (...) et par conséquent n'examinera plus ce droit à l'aune des droits fondamentaux de la Loi fondamentale »⁶³¹.

La Cour constitutionnelle allemande établissait dès lors « une sorte de présomption de compatibilité du droit communautaire »⁶³² au droit constitutionnel allemand. Si une telle jurisprudence pouvait également relever de l'iconographie légendaire, elle témoignait d'une appréciation des progrès réalisés par la CJCE depuis 1974.

316. La multiplication des concrétisations de garantie des droits fondamentaux communautaires avait certainement permis au juge constitutionnel d'évaluer la protection générale de la substance des droits fondamentaux communautaires. Une mise en perspective synchrone révèle en outre que l'affirmation antérieure de l'existence d'une Communauté de droit n'y était peut-être pas étrangère. En tout cas, cette coïncidence temporelle a pu favoriser la croyance que la Communauté de droit était conçue comme protégeant en elle-même les droits fondamentaux. Pourtant, ni le juge constitutionnel allemand, ni surtout le juge communautaire n'a jamais exprimé cette idée.

B. L'apparition autonome de la Communauté de droit

317. Nombreux sont ceux qui affirment le lien entre la Communauté de droit et les droits fondamentaux communautaires. Il est ainsi expliqué que le développement de

⁶³⁰ A. BARAV, « Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire : le fantôme de Simmenthal », *op. cit.*, p. 340.

⁶³¹ Cour const. fédérale allemande, 22 octobre 1986, *Wünsche Handelsgesellschaft*, dite « *So lange II* », *BVerfGE (Rec.)* 73, p. 339, traduction de W. ZIMMER, « De nouvelles bases pour la coopération entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice de Luxembourg (à propos de *BVerfGE*, 7 juin 2000, *Solange III*) », *Europe*, 2001, n° 3, pp. 3-6, p. 4.

⁶³² J. CALLEWAERT, « Les droits fondamentaux entre cours nationales et européennes - Observations sous Cour constitutionnelle allemande (2^{ème} chambre) 7 juin 2000 (2BUL 1/97) », *op. cit.*, p. 1189.

ceux-ci a pu se faire grâce à celle-là⁶³³. Plusieurs éléments témoignent au contraire que la juridiction communautaire n'a pas conditionné les deux phénomènes au sein d'un mouvement unique. L'argument chronologique est imparable : il est en effet difficile de concevoir qu'une chose découle d'une autre, si la première est apparue avant la seconde. L'on pourrait nous reprocher toutefois que la CJCE a pu, par la suite, en formaliser les liens. Il s'avère cependant qu'il n'en est rien : lorsque le juge conçoit la Communauté de droit, il n'évoque nullement les droits fondamentaux que ce soit dans son arrêt fondateur *Les Verts* (1), ou dans sa jurisprudence ultérieure, y compris celle du TPICE (2).

1. La jurisprudence *Les Verts*

318. Dans son fameux arrêt *Les Verts*, la CJCE qualifie pour la première fois la Communauté européenne de « Communauté de droit », concept qu'elle définit clairement :

« la Communauté économique européenne est une Communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité »⁶³⁴.

Autrement dit, l'existence de la garantie du droit communautaire et, par ricochet, l'existence du droit communautaire sont seules constitutives de la Communauté de droit. L'argument est en outre tout à fait cohérent avec la suite des propos de la CJCE qui s'intéresse au système contentieux communautaire, pour finalement en améliorer certaines modalités.

319. La CJCE ne développe ici aucun droit fondamental mais considère que, contrairement au texte de l'article 173 du traité CEE de l'époque, « le recours en annulation peut être dirigé contre les actes du Parlement européen destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers »⁶³⁵. En effet, le silence du traité à l'encontre de ces actes s'explique logiquement par le fait que le Parlement ne bénéficiait au départ que de « pouvoirs consultatifs et de contrôle politique, et non celui d'adopter des actes à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers »⁶³⁶. Or, le juge remarque « que là où le Parlement a été doté dès l'origine du pouvoir d'arrêter des dispositions à caractère obligatoire, comme c'est le cas en vertu de l'article 95, alinéa 4, dernière phrase du [traité CECA], ses actes n'ont pas été soustraits par principe à un recours en annulation »⁶³⁷. Le juge interprète donc le silence du traité dans le but de corriger le système contentieux et non dans le but de reconnaître un quelconque droit fondamental.

320. Certes, le thème est connexe avec l'idée du droit au recours, élément conditionnant l'efficacité de la garantie des normes communautaires. Le droit au recours

⁶³³ Voir not. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., § 61, p. 97.

⁶³⁴ CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement*, aff. 294/83, *Rec.* p. 1339, pt 23.

⁶³⁵ *Ibid.*, pt 25.

⁶³⁶ *Ibid.*, pt 24.

⁶³⁷ *Ibid.*, pt 24.

étant lui-même un droit fondamental, serait alors ouverte la porte aux droits fondamentaux communautaires, d'autant que l'idée de « charte constitutionnelle de base qu'est le traité » irait, pour un auteur habitué à son propre système constitutionnel, dans le même sens. Nous pensons cependant que la juridiction communautaire n'aurait pas manqué l'occasion de rassurer encore les juridictions constitutionnelles nationales, toujours récalcitrantes, si elle avait vraiment voulu faire des droits fondamentaux un caractère de la Communauté de droit. Sa jurisprudence ultérieure tend d'ailleurs à le confirmer.

2. La jurisprudence ultérieure

321. Si la juridiction communautaire avait voulu ériger les droits fondamentaux au rang de caractère de la Communauté de droit, elle aurait, à propos du développement des droits fondamentaux communautaires et spécialement du droit au recours, rappelé au moins l'idée de Communauté de droit. Or, il n'en est rien : l'expression « Communauté de droit » n'est citée dans aucun des arrêts relatifs à la reconnaissance du droit au recours en droit communautaire⁶³⁸.

322. En outre, une série de jurisprudences récentes écartent l'hypothèse d'un « oubli fâcheux » dans la définition de la Communauté de droit de 1986. Dans plusieurs affaires récentes, le TPICE reprend quasiment mot pour mot cette définition, en outre à propos de questions purement contentieuses⁶³⁹. Dans d'autres affaires, la juridiction communautaire envisage même la Communauté de droit plus succinctement, ce qui renforce d'autant plus l'hypothèse de la vision classique de la « structure de droit ». La CJCE se fonde ainsi sur « le principe fondamental que, dans une communauté de droit, le respect de la légalité doit être dûment assuré »⁶⁴⁰, et sera d'ailleurs suivie par le TPICE⁶⁴¹.

323. Les termes employés par la juridiction communautaire révèlent alors la consécration de la vision classique de la Communauté de droit. Le fameux arrêt *Jégo-Quéré*, pourtant innovant, n'y échappe pas. Dans cette affaire, le juge réfléchit en effet à la cohérence du système contentieux communautaire, et il n'envisage les droits fondamentaux qu'en ce que le droit au recours en fait partie⁶⁴². Aussi, s'il propose

⁶³⁸ Voir, dans l'ordre chronologique, CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, *Rec.*, p. 1651 ; 15 octobre 1987, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) c/ Georges Heylens et autres*, aff. 222/86, *Rec.*, p. 4097 ; TPICE, 17 juillet 1998, *ITT Promedia NV c/ Commission*, aff. T-111/96, *Rec.*, p. II-2937 ; CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH c/ Commission*, aff. C-185/95 P, *Rec.*, p. I-8417.

⁶³⁹ TPICE, 2 octobre 2001, *Martinez et de Gaulle c/ Parlement*, aff. jointes T-222, 327 et 329/99, *Rec.*, p. II-2823, pts 48 et 49 : le juge rappelle qu'il « contrôle la légalité des actes du Parlement destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers » ; 21 septembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi c/ Conseil et Commission*, aff. T-315/01, *Rec.*, p. II-3649, pts 209 à 212, à propos de l'étendue du contrôle de légalité qu'il incombe au Tribunal d'exercer sur des mesures restrictives à l'encontre de personnes et d'entités liées à Oussama Ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Talibans, par rapport aux normes du *jus cogens*.

⁶⁴⁰ CJCE, 29 avril 2004, *Commission c/ CAS Succhi di Frutta*, aff. C-496/99 P, *Rec.*, p. I-3801, pt 63.

⁶⁴¹ TPICE, 28 septembre 2004, *MCI c/ Commission*, aff. T-310/00, *Rec.*, p. II-3253, pt 61.

⁶⁴² TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Cie SA c/ Commission*, aff. T-177/01, *Rec.*, p. II-2365, pts 39 à 42.

d'élargir les conditions de recevabilité des recours en annulation intentés par les particuliers, il se fonde sur le critère de l'affectation certaine et actuelle de la situation juridique du requérant⁶⁴³. Certes, peuvent être concernés ses droits fondamentaux mais le juge envisage des hypothèses beaucoup plus larges en visant les situations « restreignant ses droits ou [...] lui imposant des obligations ». Autrement dit, la simple invocation de la violation d'un droit fondamental n'aurait pas été susceptible d'ouvrir le prétoire communautaire, parce que la qualité du droit en cause serait demeurée en soi insuffisante.

324. La prudence avec laquelle les juges ont dû rédiger cet arrêt appelle à ne pas interpréter leurs propos au-delà de ce qu'ils disent précisément. Dès lors, la Communauté de droit n'implique pas explicitement la protection des droits fondamentaux, si ce n'est le droit au recours en tant qu'il participe à l'effectivité du second caractère de toute « structure de droit », la garantie des normes. Il ne s'agit pour autant pas de nier l'enrichissement du droit communautaire par des droits fondamentaux. Simplement, ils se sont développés en dehors de toute considération manifeste pour la Communauté de droit.

325. Les développements parallèles des droits fondamentaux communautaires et de la Communauté de droit sont toutefois susceptibles de faire place à une autre logique en considération de la nouvelle vision de l'Union de droit. Les États membres lui ont en effet conféré une envergure beaucoup plus grande, intégrant explicitement la protection des droits fondamentaux. La potentialité de la convergence des droits fondamentaux et de l'Union européenne de droit est donc prégnante.

§2. La convergence des droits fondamentaux et de l'Union de droit

326. L'avènement de l'Union européenne était susceptible de renouveler la vision de la « structure de droit » communautaire. Notamment, certains pouvaient attendre qu'il marque la consécration des droits fondamentaux comme caractère de la nouvelle « structure de droit » en découlant. Si plusieurs éléments pouvaient le laissent penser, il s'avère toutefois que l'impulsion textuelle (A), suivie de sa mise en œuvre prétorienne (B), révèle que les droits fondamentaux et l'idée d'Union de droit, certes quittent leur chemin parallèle, mais pour converger au sein de l'idée supérieure qu'est l'Union européenne.

A. L'impulsion textuelle

327. La notion d'« union européenne » apparaît dans le vocabulaire des États membres en 1986 au sein du Préambule de l'Acte unique européen⁶⁴⁴. Elle sera ensuite au

⁶⁴³ *Ibid.*, pt 51.

⁶⁴⁴ *JOCE*, L 169 du 29 juin 1987.

cœur du traité de Maastricht *portant création de l'Union européenne*⁶⁴⁵. Le concept « État de droit » est d'ailleurs utilisé pour la première fois dans son Préambule ; il est en outre intégré au sein des dispositions contraignantes du TUE *via* la nouvelle rédaction du paragraphe 1 de l'article F, devenu 6 TUE lors du traité d'Amsterdam⁶⁴⁶. Désormais :

« L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres ».

De telles nouvelles occurrences linguistiques ont certainement encouragé la doctrine à développer le concept d'« Union de droit », calqué sur celui de « Communauté de droit »⁶⁴⁷. Le concept n'est toutefois pas utilisé par la juridiction communautaire⁶⁴⁸. Il est vrai de toute façon que la Cour de justice n'est pas, ou pas encore, « de l'Union européenne », comme le propose le traité établissant une Constitution pour l'Europe⁶⁴⁹ adopté le 29 octobre 2004 à Rome.

328. En outre, un changement de vocabulaire serait susceptible d'indiquer une modification conceptuelle. Or, il n'est pas sûr que les textes fondateurs l'envisagent ainsi. En effet, l'énoncé de l'article 6§1 TUE pose successivement plusieurs éléments, mais ne les appose pas. En d'autres termes, la structure linguistique indique, pour ce qui nous intéresse particulièrement, que l'Union est fondée sur le principe du respect des droits de l'homme et sur le principe de l'État de droit, mais n'implique nullement que ces deux principes soient conceptuellement liés. En outre, si le Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pouvait éventuellement indiquer un début d'évolution⁶⁵⁰, le Préambule du traité établissant une Constitution pour l'Europe reprend une formulation similaire par la simple juxtaposition des éléments inspirant la construction communautaire, en l'occurrence « les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, ainsi que la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État de droit »⁶⁵¹. En somme, il peut être affirmé que, tout comme la Communauté de droit, l'Union de droit ne semble pas être caractérisée par les droits fondamentaux communautaires. L'Union n'en reste pas moins enrichie.

⁶⁴⁵ JOCE, C 224 du 31 août 1992, pp. 1-79.

⁶⁴⁶ JOUE, C 340 du 10 novembre 1997, pp. 173-308.

⁶⁴⁷ Voir, par ex., C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 75 et s. À propos de l'ancienneté d'une telle occurrence dans le langage doctrinal, voir P. PESCATORE, « Les exigences de la démocratie et la légitimité de la Communauté européenne », CDE, 1974, pp. 499-514, p. 205 : l'auteur mentionne déjà « l'union européenne ».

⁶⁴⁸ Nous n'avons trouvé qu'un document à caractère juridictionnel utilisant l'expression « Union de droit ». Voir Conclusions de l'avocat général L.M. POIARES PESSOA MADURO, 16 décembre 2004 sur *Espagne c/ Eurojust*, aff. C-160/03, *Rec.*, p. I-2077, pts 17 et 18. Il est intéressant de relever que l'avocat général POIARES MADURO, en fonction depuis le 7 octobre 2003, est issu du monde professoral habitué à utiliser une telle expression.

⁶⁴⁹ JOUE, C 310 du 16 décembre 2004, pp. 1-474.

⁶⁵⁰ JOUE, C 364 du 18 décembre 2000, pp. 1-22. L'alinéa 2 du Préambule énonce en effet que « l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit ». Les deux éléments nous intéressant ne figurent donc plus au sein de la même liste.

⁶⁵¹ JOUE, C 310 du 16 décembre 2004, pp. 1-474, alinéa 1^{er}.

329. Cependant, le changement qualitatif de la construction communautaire a pu avoir des répercussions sur l'articulation globale de ces éléments. Les perspectives de l'entrée en vigueur de l'ambitieux traité établissant une Constitution pour l'Europe ont pu enthousiasmer les juges dont les appels avaient enfin été entendus. En tout cas, cela serait susceptible d'expliquer certaines évolutions discrètes dans le maniement jurisprudentiel de la « structure de droit ». Plusieurs arrêts reflètent en effet une certaine volonté du juge d'envisager nouvellement ensemble les droits fondamentaux communautaires et l'idée de Communauté de droit.

B. Le processus jurisprudentiel

330. Le développement des droits fondamentaux communautaires fut d'abord le fruit d'une construction prétorienne essentiellement basée sur une « démarche fonctionnaliste » et pragmatique, dénuée de tout « projet politique mûrement réfléchi »⁶⁵². Il s'agissait, dans le silence des traités, de pallier les insuffisances dénoncées par certaines juridictions constitutionnelles nationales. L'introduction explicite des droits fondamentaux dans le texte du TUE devait toutefois modifier les choses. Certes, dans un premier temps, la CJCE ne disposait d'aucune compétence pour apprécier l'article F§2 du traité de Maastricht ; l'article 46, d), du traité d'Amsterdam devait toutefois corriger cette lacune. La construction prétorienne des droits fondamentaux communautaires se trouvait ainsi légitimée par la « puissance constitutive » communautaire.

La CJCE n'en tira cependant aucune gloire particulière. Cet aval ne signifiait pas un passeport pour le gouvernement des juges. Au contraire, le juge témoigna d'un fort respect envers son obédience, quoiqu'il ne s'empêcha pas de faire connaître son opinion lorsqu'il l'estimait nécessaire. L'arrêt *UPA* en constitue un vif témoignage : le juge se refusa à réinterpréter une disposition du traité tout en renvoyant la tâche aux États membres⁶⁵³. Le message était d'ailleurs si sagace à propos de la recevabilité des recours en annulation des particuliers, que la doctrine semble, à notre connaissance, être passée à côté d'un détail linguistique majeur : si la CJCE se référait à la Communauté de droit, elle n'en donnait pas sa définition classique. Ce changement ne peut qu'être significatif dans un arrêt dont chaque mot a du être pesé avec soin (1). Il l'est en outre d'autant plus qu'il sera repris dans d'autres jurisprudences (2).

1. Les tâtonnements circonspects de la CJCE

331. Dans son arrêt *UPA*, la CJCE est amenée à réfléchir aux implications de la Communauté de droit. Aussi se fonde-t-elle sur ce concept pour apprécier le droit à une protection juridictionnelle effective. Cependant, au lieu de reprendre sa formule classique, elle énonce :

⁶⁵² Pour les deux citations, H. LABAYLE, « L'Union européenne et les droits fondamentaux - Un espace véritable de liberté ? » in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 581-593, p. 585.

⁶⁵³ Voir *supra*, §§ 223 à 226.

« il convient de rappeler que la Communauté européenne est une communauté de droit dans laquelle ses institutions sont soumises au contrôle de la conformité de leurs actes avec le traité et les principes généraux du droit dont font partie les droits fondamentaux »⁶⁵⁴.

Cette définition induit toujours la caractérisation classique de la Communauté de droit. Elle présente toutefois une novation : la référence à la « charte constitutionnelle de base qu'est le traité » est remplacée par « le traité et les principes généraux du droit dont font partie les droits fondamentaux ». Ces derniers sont par là nouvellement et explicitement cités, ouvrant alors la porte vers une « modernisation » éventuelle de la Communauté de droit. La difficulté tient en fait au caractère synthétique de la formule. Le lecteur pourrait y voir les indices de l'érection des droits fondamentaux au rang des caractères de la Communauté de droit dans la mesure où les droits fondamentaux apparaissent comme un des fondements du contrôle de conformité. Il pourrait cependant tout aussi bien en déduire que les droits fondamentaux sont présentés comme un enrichissement matériel de la Communauté de droit. Le juge n'en déduit en effet que le droit à une protection juridictionnelle effective⁶⁵⁵, déjà induite du second caractère classique de la « structure de droit », et non le principe des droits fondamentaux en général. Le doute demeure. La jurisprudence ultérieure se révélait donc susceptible de déterminer s'il s'agissait d'un arrêt isolé, ou s'il était nécessaire de lever le voile sur cette nouvelle définition de la Communauté de droit.

332. Comme nous l'avons déjà expliqué, la CJCE a procédé récemment à plusieurs revirements de jurisprudence notables que ce soit en matière de responsabilité de l'État, ou à propos du manquement sur manquement⁶⁵⁶. Elle aurait très bien pu en profiter pour affirmer sa nouvelle conception du concept « Communauté de droit » s'il y en a une. Or, elle ne le fit pas. Elle s'abstint également dans une espèce où la question était pourtant clairement posée. En effet, dans l'affaire *Espagne c/ Eurojust*, l'avocat général POIARES MADURO invitait la juridiction communautaire à consacrer l'idée d'« Union de droit »⁶⁵⁷ ; la CJCE élimina la question implicitement par des considérations assez pusillanimes :

« S'agissant du droit à une protection juridictionnelle effective dans le cadre de la communauté de droit qui, selon le Royaume d'Espagne, impose que toutes les décisions d'un organe doté de la personnalité juridique soumis au droit communautaire soient susceptibles d'un contrôle juridictionnel, il doit être relevé que les actes attaqués en l'espèce ne sont pas soustraits à tout contrôle juridictionnel »⁶⁵⁸.

333. Ces tâtonnements apparaissent ainsi dénués de toute logique. Une vision synchronique permet cependant encore une fois d'éclairer le zétète. En effet, nous avons

⁶⁵⁴ CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pt 38.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, pt 39.

⁶⁵⁶ Voir *supra*, resp. §§ 234 et s., et 249 et s.

⁶⁵⁷ Conclusions de l'avocat général POIARES PESSOA MADURO, 16 décembre 2004, rendues sur l'arrêt du 15 mars 2005, *Espagne c/ Eurojust*, aff. C-160/03, *Rec.*, p. I-2077, pts 17 et 18.

⁶⁵⁸ CJCE, 15 mars 2005, *Espagne c/ Eurojust*, aff. C-160/03, *Rec.*, p. I-2077, pt 41.

déjà remarqué que la juridiction communautaire s'effaçait quelque peu à chaque fois que le traité établissant une Constitution pour l'Europe était d'actualité⁶⁵⁹. Or, il est possible de retrouver une concordance similaire. Nous l'avons déjà dit, l'arrêt *UPA* fut rendu avant que le traité n'aboutisse ; l'appel à l'élargissement des conditions de recevabilité des recours en annulation intentés par les particuliers pouvait très bien s'articuler autour du souhait que la Communauté de droit soit repensée globalement. Si le traité fut un temps mis de côté, il fut cependant adopté lors du Conseil européen de Bruxelles des 17 et 18 juin 2004. La relance de ce projet politique devait alors conduire la CJCE à contenir ses ardeurs, ce qu'elle fit dans son arrêt *Espagne c/ Eurojust* du 15 mars 2005. La CJCE choisit en somme la voie de la circonspection en s'effaçant derrière les aspirations politiques « constitutives », quitte à paraître parfois incohérente.

2. Les développements audacieux du TPICE

334. Les positions du TPICE pourraient également nous conduire à l'incompréhension. Si l'expression « Communauté de droit » apparaît dans trois de ses arrêts récents, il s'en dégage à chaque fois une conception variable.

335. En premier lieu, dans une affaire concernant la lutte contre le terrorisme, le Tribunal eut l'occasion de préciser que :

« dans une Communauté de droit, il ne peut être admis qu'un acte instaurant des mesures restrictives continues à l'égard de personnes ou entités puisse être applicable de façon illimitée sans que l'institution qui les a édictées ne les adoptent régulièrement de nouveau à la suite d'un réexamen »⁶⁶⁰.

Le juge allait donc au-delà d'un simple contrôle de conformité. Il s'intéressait en tout cas à la qualité des normes, autrement dit, il quittait la stricte logique formelle, *a priori* induite de la vision classique de la Communauté de droit.

336. Le TPICE devait d'ailleurs, en deuxième lieu, reprendre la nouvelle définition de la Communauté de droit formulée par la Cour dans son arrêt *UPA*⁶⁶¹. En utilisant une définition faisant explicitement référence aux droits fondamentaux, il témoignait alors de sa volonté de les concevoir autrement. Il ne s'agissait pas, selon nous, de les ériger au rang de caractère de la Communauté de droit puisque le juge ne s'intéressait ensuite qu'à la protection juridictionnelle effective du requérant⁶⁶². Il était alors plutôt question de marquer leur importance grandissante au sein d'une construction communautaire aux aspirations politiques de plus en plus profondes.

⁶⁵⁹ Voir *supra*, § 246.

⁶⁶⁰ TPICE, ordonnance, 15 février 2005, *PKK et KNK c/ Conseil*, aff. T-229/02_1, *Rec.*, p. II-539, pt 44.

⁶⁶¹ TPICE, 14 avril 2005, *Sniace SA c/ Commission*, aff. T-141/03, *JOUE*, C 171 du 9 juillet 2005, p. 16, *Rec.*, p. II-1197, pt 39.

⁶⁶² *Ibid.*, pts 40 et 41.

337. Il devait toutefois, en troisième lieu, abandonner cette nouvelle formule pour revenir à la définition classique posée en 1986. Dans un arrêt *Kadi*⁶⁶³, en outre des plus controversables du point de vue du droit international public⁶⁶⁴, le Tribunal est confronté aux questions de Communauté de droit et de droits fondamentaux. Il ne les analyse pour autant pas conjointement. Il cherche d'abord à déterminer « l'étendue du contrôle de légalité qu'il [lui incombe] d'exercer », et se fonde alors sur l'idée de la Communauté de droit⁶⁶⁵. Il s'intéresse seulement ensuite aux « violations alléguées des droits fondamentaux du requérant »⁶⁶⁶. Certes, à propos de l'invocation de la violation du droit à un contrôle juridictionnel effectif, il renvoie à ses considérations émises à propos de l'examen de l'étendue de son contrôle⁶⁶⁷. Cependant, comme le droit au recours à la fois découle du second caractère de la « structure de droit » et constitue un droit fondamental, il ne peut être déduit de son lien avec la Communauté de droit que tous les droits fondamentaux en constituent un troisième caractère.

338. Le TPICE semble dès lors avoir adopté une attitude plus audacieuse que la CJCE puisque, au moment où le traité était d'actualité – c'est-à-dire avant les référendums français et néerlandais de la fin du printemps 2005 –, il reprenait la formule novatrice pour l'abandonner ensuite en septembre 2005. Aussi la vision synchronique s'épuise-t-elle, sauf à considérer que le TPICE ait voulu se concentrer sur des affirmations éclatantes de manière à lutter contre un certain immobilisme ambiant. Il est vrai que le changement définitionnel de la Communauté de droit était passé relativement inaperçu. L'hypothèse est contestable ; à nos yeux, elle a toutefois le mérite de tenter d'expliquer l'inexplicable.

339. Les résultats de ces tergiversations sont toutefois demeurés sensiblement identiques : si les droits fondamentaux semblent avoir acquis une importance d'un degré supérieur, aucun élément n'atteste qu'ils soient devenus, à un quelconque moment, un nouveau caractère de la « structure de droit » communautaire. Les voix jurisprudentielles semblent alors avoir rejoint les voix « constitutives » communautaires tendant à faire converger les logiques de la « structure de droit » et celles des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne.

340. Conclusion du chapitre troisième. La « structure de droit » en général n'est pas automatiquement caractérisée par les droits fondamentaux, et ne devrait pas

⁶⁶³ TPICE, 21 septembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi c/ Conseil et Commission*, aff. T-315/01, *Rec.*, p. II-3649, pts 226, 230, 286 à 291.

⁶⁶⁴ Pour une critique de la reconnaissance de la compétence du TPICE pour contrôler la légalité des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU, voir D. SIMON et F. MARIATTE, « Le Tribunal de première instance des Communautés : Professeur de droit international ? À propos des arrêts *Yusuf*, *Al Barakaat International Foundation* et *Kadi* du 21 septembre 2005 », *Europe*, 2005, n° 12, pp. 6-10. Voir également H. LABAYLE, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *op. cit.*, pp. 37-41.

⁶⁶⁵ Pour les deux citations, TPICE, 21 septembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi c/ Conseil et Commission*, aff. T-315/01, *Rec.*, p. II-3649, pts 209 à 232, spéc. pt 209.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, pts 233 à 292.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, pt 277.

l'être du tout. Contrairement aux croyances doctrinaires, plusieurs éléments plaident en faveur d'une distinction des aspirations politico-philosophiques d'une part, et des réalités juridiques d'autre part. Plusieurs auteurs d'obédiences juridiques différentes s'accordent à considérer que les droits fondamentaux et la « structure de droit » sont deux concepts séparés et de même rang d'importance. D'ailleurs, si les droits fondamentaux sont tout aussi essentiels que la « structure de droit », ils ne peuvent lui être soumis. Au contraire, en découlant tous deux de la démocratie, ils se révèlent indépendants l'un de l'autre, même s'ils peuvent s'articuler et s'enrichir mutuellement.

En outre, admettre la contingence de ce caractère ouvre la voie vers l'acceptation de sa relativité intrinsèque. Les droits fondamentaux, expression juridiquement contraignante des droits de l'être humain, ne peuvent effectivement qu'en acquérir leur ambiguïté ; les droits de l'être humain demeurent flous en ce qu'ils sont fondés sur un concept lui-même flou : l'être humain. Sans pour autant remettre en cause l'universalité de ses droits, l'acceptation de la variabilité sociologique de l'être humain induit à ne plus attendre certains droits spécifiquement connus dans une « structure de droit » spéciale, pour la validation qualificative « de droit » d'un autre système.

Le chercheur doit donc se garder de toute transposition hâtive, notamment dans le cadre communautaire. En effet, si la construction communautaire a engendré une Communauté de droit et une Union de droit, dont l'élaboration est toutefois encore pendante, elles ne sont pas caractérisées par les droits fondamentaux. Ces derniers sont certes devenus un élément important du droit communautaire, mais aucune autorité jurisprudentielle ou même « constitutive » n'a jamais exprimé une telle subordination. Les droits fondamentaux communautaires doivent par conséquent être conçus comme un outil d'approfondissement de l'Union européenne en général, tout comme la « structure de droit ».

341. Conclusion du titre premier de la première partie. La Communauté puis l'Union européennes obéissent à la logique de la « structure de droit ». Nous avons en effet identifié une hiérarchie des normes d'une part, garantie par un système contentieux globalement efficace d'autre part. Ces deux caractères ne répondent toutefois pas aux attentes classiques en la matière. Puisque la construction communautaire n'a pas engendré d'État, la hiérarchie des normes et sa garantie témoignent d'une originalité toute particulière. D'abord, la hiérarchie des normes n'obéit pas aux préceptes du système hiérarchisé connus dans les États, mais développe un principe hiérarchique fondé sur une logique matricielle : il s'agit en effet d'articuler vingt-six ordres juridiques différents, alors que le vingt-sixième – l'ordre communautaire – est à la fois primant intrinsèquement, mais dépendant dans la concrétisation de ses normes.

Ensuite, la garantie des normes ne peut être correctement appréhendée qu'en relation avec la relativité naturelle de la construction communautaire. En l'absence d'étatisation, les personnes physiques ou morales ne peuvent qu'avoir un lien médiatisé par leur État national vis-à-vis du droit communautaire. Leurs droits et devoirs s'en trouvent affectés au point qu'ils ne disposent pas d'un plein accès au prétoire communautaire. La juridiction communautaire ne peut alors qu'en prendre acte, même si elle tend à inciter les États membres à modifier cette situation. Cependant, face à une certaine inertie politique, elle cherche à renforcer la garantie des normes communautaires vis-à-vis des particuliers, par l'approfondissement de son contrôle des procédures

complémentaires au recours en annulation des particuliers : s'ils ne peuvent juridiquement pas forcément obtenir le respect de leurs droits communautaires auprès de la Cour de justice, cette dernière tente de leur accorder une protection indirecte en renforçant les obligations des États membres dans leur respect du droit communautaire, c'est-à-dire au sein de la sphère de *communautarité* surjective.

Ce droit communautaire comprend enfin, du fait d'une construction prétorienne avalisée ensuite textuellement, aussi des droits fondamentaux. Ils ne constituent pour autant pas un troisième caractère de la Communauté de droit, en ce qu'une telle fonction est de toute façon contestée. Nous avons en effet déduit des diverses formulations de l'idée de « structure de droit » dans le contexte communautaire que les droits fondamentaux n'avaient pas acquis un tel rôle. Ils demeurent certes essentiels et sont devenus une priorité de la construction communautaire. Ils ne doivent toutefois pas être conçus comme des répliques des droits fondamentaux nationaux. Non seulement leur relativité intrinsèque empêche d'imposer une vision sociologique particulière du titulaire de ces droits, mais encore la critique des droits fondamentaux communautaires ne peut se faire au regard des droits existants dans un État. Parler de Communauté de droit n'implique en effet nullement de garantir un nombre défini quantitativement et qualitativement de droits et cela, même à considérer que les droits fondamentaux seraient un caractère de la « structure de droit » ce que nous contestons vivement au regard de nos réflexions sur les implications de la démocratie.

342. Nous n'en déduisons toutefois pas que les droits fondamentaux communautaires sont suffisamment garantis ; de la même manière, nous ne pouvons, pour l'heure, prétendre avoir identifié les voies d'une éventuelle amélioration. Notamment, s'il est souvent reproché à la juridiction communautaire de ne pas faire suffisamment progresser la reconnaissance des droits fondamentaux communautaires, alors même qu'elle en est à l'origine, nous pensons que de la nécessité d'en expliquer le contexte global – c'est-à-dire l'ordre juridique communautaire – découle l'impératif de comprendre la mission du juge. En effet, si le désordre est inhérent à tout ordre juridique dynamique, le rôle des juges communautaires connaît des difficultés particulières découlant de la nature originale de ce désordre. L'identification des modalités de cette mission nous permettra ainsi de comprendre la substance et la portée d'une reconnaissance prétorienne de droits fondamentaux qui n'était nullement prescrite par l'ordre juridique communautaire. L'évaluation de la garantie juridictionnelle de ces droits fondamentaux passe dès lors par l'appréhension du rôle de la juridiction communautaire dont les limites de sa mission bornent les possibles reconnaissances et améliorations, passées et futures.

Titre second

La détermination de la mission des juges

343. Dès les premières aspirations communautaires, la perspective d'une justice spéciale voyait le jour. En effet, dans sa *Déclaration* du 9 mai 1950, Robert SCHUMAN imaginait déjà que : « Des dispositions appropriées assureront les voies de recours nécessaires contre les décisions de la Haute Autorité »⁶⁶⁸. La juridiction communautaire naquit ainsi dans le traité CECA et prit le nom de « Cour de justice »⁶⁶⁹. En vertu de l'article 31 de ce traité, elle était chargée d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent Traité et des règlements d'exécution ». L'idée en fut directement reprise au sein des traités de Rome.

344. L'article 164 CEE, devenu l'article 220 TCE, prévoit ainsi que : « La Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité ». Cette disposition confère en fait une compétence doublement ambivalente au juge communautaire. D'une part, elle semble attribuer une juridiction générale alors que la lecture des autres dispositions témoigne d'une compétence limitée, surtout dans le contexte global des compétences d'attribution des Communautés, puis de l'Union européennes⁶⁷⁰. D'autre part, elle lui confère une compétence duale, certes *a priori* ordinaire – l'interprétation et l'application du texte dont elle procède –, mais dont l'expression linguistique est susceptible d'ouvrir une nouvelle conception du rôle du juge, au moins vis-à-vis du droit français classiquement considéré.

345. En séparant l'interprétation et l'application du droit, les rédacteurs signifiaient en effet que les deux actions divergeaient. Il ne s'agissait pas, à notre sens, de distinguer l'application du droit par le juge avec le mot « interprétation », et le contrôle de l'application du droit par les autres institutions avec le mot « application », comme le laissent entendre certains commentaires doctrinaux⁶⁷¹. Au contraire, les mentions de l'interprétation et de l'application du droit nous semblent correspondre à la description de la mission du juge. Cette distinction révèle que, dès le départ, le juge communautaire n'était pas conçu comme une simple « bouche de la loi » chargée uniquement de répéter le texte pour l'appliquer. Il est vrai de toute façon que, même lorsqu'une disposition

⁶⁶⁸ Avant dernier paragraphe de la Déclaration, disponible sur Internet. Voir le site : <http://europa.eu.int/abc/symbols/9-may/decl_fr.htm>.

⁶⁶⁹ Pour plus de précisions, voir M. LAGRANGE, « La Cour de justice des Communautés européennes du plan Schuman à l'Union européenne » in *La construction européenne, Mélanges en hommage à Fernand Dehousse*, Paris, Bruxelles, Nathan, Labor, 1979, vol. II, 340 p., pp. 127-135.

⁶⁷⁰ Il s'avère en outre que les limitations de compétence de la CJCE seront susceptibles de s'alourdir à mesure de l'approfondissement de la construction communautaire. Voir, par ex., C. BLUMANN, « Une brèche dans la Communauté de droit. La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 nouveau du Traité CE » in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de L. Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 13-25 ; et à propos du traité sur l'Union européenne, H. SCHMITT Von SYDOW, « Liberté, démocratie, droits fondamentaux et État de droit : analyse de l'article 7 du traité UE », *RDUE*, 2001, pp. 285-320, p. 312.

⁶⁷¹ Voir, en ce sens, H. CHAVRIER, « Article 220 » in P. LÉGER (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Paris, Dalloz, Bruxelles, Bruylant, 2000, 2060 p., pp. 1578-1597, spéc., §§ 24 et 34, pp. 1590 et 1594. Le cloisonnement des deux actions nous apparaît incohérent, ne serait-ce que parce que, la Cour contrôlant l'application du droit par le TPICE, la fonction juridictionnelle ne peut être résumée ni à l'interprétation, ni à l'application. En outre, ce contrôle du TPICE est ici classé au sein du contrôle de l'application, alors même que le Tribunal était conçu à l'époque comme un adjoint de la CJCE en vertu de l'ancien article 225 TCE ; la scission des pouvoirs des deux émanations de la juridiction communautaire nous semble alors difficilement justifiable.

semble claire, le seul fait de lui conférer un sens, de déterminer son contenu concret constitue déjà un choix particulier entre plusieurs solutions et, par là, un acte créateur de droit⁶⁷². D'ailleurs, linguistiquement, le jugement ne constitue pas une pure transcription du droit applicable, mais développe un « discours composite » résultant de l'incorporation des différents discours des parties⁶⁷³. Une telle organisation des idées ne peut impliquer qu'une vision personnalisée des questions.

Toute application du droit emporte donc une certaine interprétation qui ne peut être apolitique⁶⁷⁴. Aussi, puisque l'interprétation résulte de l'application, l'ajout du terme « interprétation » ne doit certainement pas être négligé, d'autant que ce terme précède la fonction classique d'application du droit dans l'énoncé de l'article 220 TCE. Il témoigne assurément de la volonté d'attribuer à la Cour de justice une fonction importante au sein de la construction communautaire.

346. La CJCE est dès lors envisagée dès le début comme une institution contribuant à la création du droit communautaire. Non seulement elle dispose du pouvoir d'interpréter, mais ce pouvoir est relatif à un objet conçu largement : certes, est directement en cause le traité, néanmoins la structure de l'énoncé révèle que le respect du *Droit* constitue le point central de la compétence du juge communautaire⁶⁷⁵. Il était alors logique d'envisager que ce juge fût compétent pour l'interprétation aussi bien de la lettre des traités que de leurs implications tels que le sont les principes généraux du droit communautaire (PGDC), vecteurs de reconnaissance des droits fondamentaux communautaires.

347. La CJCE s'est d'ailleurs très tôt intéressée aux principes généraux du droit, notamment invitée en cela par son avocat général LAGRANGE, dès 1960⁶⁷⁶. Parce que de tels principes en général se caractérisent par l'absence de lien formel avec un texte⁶⁷⁷, ils ont permis aux juges communautaires de développer le droit communautaire

⁶⁷² Voir sur cette question M. WAELBROECK, « Le rôle de la Cour de justice dans la mise en oeuvre du traité CEE », *CDE*, 1982, pp. 345-380, p. 345 ; ou encore D. de BÉCHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.*, 2002, chron., pp. 973-978, not. pp. 975-976.

⁶⁷³ Se référer spéc. à G. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2005, 440 p., pp. 333-354, spéc. p. 334.

⁶⁷⁴ Voir à ce sujet G. DELALOY, *Le pouvoir judiciaire*, Paris, PUF, 2005, 64 p., p. 35.

⁶⁷⁵ Pour une vision similaire, se référer à C.N. KAKOURIS, « La Cour de Justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle : Trois observations » in *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, Nomos, 1995, 1742 p., vol. I, pp. 629-640, § 19, p. 632.

⁶⁷⁶ Conclusions de l'avocat général LAGRANGE rendues sur l'arrêt du 15 juillet 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr, "Präsident", "Geitling", "Mausegatt", et Entreprise I. Nold KG c/ Haute Autorité*, aff. jointes 36, 37, 38/59 et 40/59, *Rec.*, p. 857, spéc., p. 910. Cité par V. MICHEL, « La dimension communautaire des libertés et droits fondamentaux » in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 10^{ème} éd., 2004, 809 p., pp. 53-75, p. 54.

⁶⁷⁷ Voir par ex. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, Domat droit public, Paris, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, 1423 p., § 123 ; ou encore G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, Paris, Presses de Sciences po et Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 2002, 641 p., p. 260.

d'une manière si inattendue que nombreuses furent les critiques de « gouvernement des juges »⁶⁷⁸. Elles persistent d'ailleurs⁶⁷⁹.

348. Cette expression, introduite en France par Édouard LAMBERT⁶⁸⁰, fait écho à certaines interrogations doctrinales quant à la capacité du juge à produire du droit, alors qu'il ne dispose d'aucune légitimité démocratique, pourtant nécessaire à une telle création selon la conception classique de la séparation des pouvoirs⁶⁸¹. Cette expression demeure cependant polysémique, au point que le professeur DE BÉCHILLON estime que l'expression n'est pas signifiante⁶⁸². Pourtant l'appréhension de ses différentes acceptions nous conduira à comprendre les diverses critiques conçues à l'endroit de la Cour de justice. Définir préalablement les contestations (chapitre préliminaire) nous permettra ainsi par la suite d'y répondre en ce qui concerne la Cour de justice.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

CONSIDÉRATIONS SUR LA LÉGITIMITÉ DES JUGES EN GÉNÉRAL

349. Selon les auteurs, l'expression « gouvernement des juges » désigne soit le fait que le juge dispose d'un pouvoir d'interprétation tel qu'il lui « permet d'opérer des choix discrétionnaires » (I), soit la situation dans laquelle il est considéré que le juge dispose de « *trop de pouvoir* dans un régime qui se veut démocratique » (II), soit la pratique selon laquelle le juge fait primer ses aspirations politiques ou idéologiques, voire ses intérêts corporatistes, incompatibles avec « les valeurs communément admises par la société » (III), ces deux dernières définitions pouvant se combiner⁶⁸³.

⁶⁷⁸ Pour un ex. manifeste, voir J.-P. COLIN, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit international, 1966, 544 p. À propos du refus d'une telle qualification, voir M. LAGRANGE, « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RMC*, 1961, pp. 33-44, p. 43.

⁶⁷⁹ Récemment, voir D. SIMON, « Retour du mythe du gouvernement des juges ? », *Europe*, 2006, n° 2, p. 1.

⁶⁸⁰ É. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, réédité par Paris, Dalloz, 2005, 276 p. Il est intéressant de noter que si É. LAMBERT entendait dénoncer la jurisprudence trop conservatrice de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique, l'expression qu'il consacrait devait désigner non pas une abstention contestée, mais un activisme critiqué.

⁶⁸¹ Voir par ex. B. SEILLER, *Droit administratif 1. Les sources et le juge*, Paris, Champs Université, Flammarion, 2001, 329 p., p. 113.

⁶⁸² Se référer en particulier à D. de BÉCHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *op. cit.*, pp. 973-978.

⁶⁸³ Pour les trois citations, S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, 373 p., pp. 16-18.

I. La légitimité fonctionnelle

350. Selon la première approche, l'expression « gouvernement des juges » désigne le fait que le juge dispose d'un pouvoir d'interprétation tel qu'il lui « permet d'opérer des choix discrétionnaires »⁶⁸⁴. En réalité, il nous semble qu'elle relève d'une vision erronée de l'action du juge. Ainsi que nous venons de le dire, toute lecture d'une disposition implique l'attribution d'une signification qui n'est jamais univoque, comme le reconnaît d'ailleurs le droit international public⁶⁸⁵. Non seulement la polysémie des mots est irréductible, mais encore la détermination de ce qui est « clair » implique une lecture des mots articulés ensemble. Or, une telle opération fait appel à des réflexes syntaxiques et structurels évolutifs d'autant plus subjectifs qu'ils sont maniés inconsciemment⁶⁸⁶. Prétendre à une totale objectivité d'interprétation se révèle donc impossible.

351. La gageure s'avère en outre encore plus prononcée dans un contexte multilingue où l'interprétation purement littérale se révèle, la plupart du temps, incompatible avec les variabilités inexorables entre les différentes versions linguistiques des documents. Ce qui est vrai dans un contexte à quelques langues officielles⁶⁸⁷ ne peut qu'être inévitable pour la construction communautaire ayant choisi d'adopter toutes les langues nationales des États membres pour langues officielles⁶⁸⁸. Ainsi, comme le synthétise l'ancien président de la CJCE MERTENS DE WILMAR, « L'interprétation littérale ne signifie pas non-nécessité d'interprétation »⁶⁸⁹. De ce fait, l'accusation de « gouvernement des juges » résultant d'une interprétation créatrice de droit apparaît particulièrement inepte⁶⁹⁰.

352. La fiction de l'absence de pouvoir normatif de la jurisprudence est de toute façon bien mise à mal, y compris en France⁶⁹¹. Une telle fiction n'a, quoi qu'il en

⁶⁸⁴ *Id.*

⁶⁸⁵ Se référer not. à P. DAILLIER et A. PELLET (N. QUOC DINH †), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^{ème} éd., 2002, 1510 p., § 162, pp. 253-254.

⁶⁸⁶ Voir par ex. L.M. du PLESSIS, « Report on language and law – Afrique du Sud » in E. JAYME (dir.), *Langue et droit, XV^e congrès international de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 373 p., pp. 37-63, spéc. pp. 41-44.

⁶⁸⁷ Voir not. S. BAR, « La question des langues au sein des Nations Unies » in H. GUILLOREL et G. KOUBI (dir.), *Langues et droits – Langues du droit, droit des langues*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 408 p., pp. 291-316, spéc. pp. 301-302.

⁶⁸⁸ À propos de la nécessité de tenir compte des différentes versions linguistiques des traités et autres textes communautaires, voir R.-M. CHEVALLIER, « Revue analytique de la Jurisprudence de la Cour de Justice en 1965 », *RTDE*, 1966, pp. 499-510, p. 510 ; ou encore F. AUBERT, « La Cour de justice des Communautés européennes (1967-1968) », *RTDE*, 1969, pp. 729-751, p. 750.

⁶⁸⁹ J. MERTENS DE WILMAR, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1986, pp. 5-20, p. 10.

⁶⁹⁰ Sur cette question, voir G. TIMSIT, « intervention » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, op. cit., p. 315.

⁶⁹¹ Une approche pragmatique révèle que le juge dispose d'un pouvoir créateur de droit notamment lorsqu'il pose de nouvelles règles. À ce propos, se référer à D. de BÉCHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », op. cit., pp. 975-976.

soit, pas existé en droit communautaire, la vivacité des agitations autour du spectre du « gouvernement des juges » l'attestant⁶⁹².

II. La légitimité institutionnelle

353. Selon la deuxième approche, l'expression « gouvernement des juges » désigne la situation dans laquelle il est considéré que le juge dispose de « *trop de pouvoir* dans un régime qui se veut démocratique »⁶⁹³. Aussi implique-t-elle que la critique du « gouvernement des juges » repose sur des fondements classiques – la démocratie et la séparation des pouvoirs – que le professeur PICARD propose de relativiser, spécialement dans le contexte supranational européen par essence non étatique⁶⁹⁴.

354. Une majorité de la doctrine tend à préserver l'ordre juridique national du spectre du « gouvernement des juges » par l'assurance que le juge n'a jamais le dernier mot face au pouvoir législatif, et surtout face à la « puissance constitutive »⁶⁹⁵. Albert WEALE compare ainsi le juge constitutionnel au capitaine d'un navire : seul maître à bord, il conduit le peuple-passager à la destination choisie par ce dernier, mais décide de ralentir la cadence ou d'effectuer un détour pour éviter un quelconque danger de sa propre initiative, à condition de respecter la destination finale⁶⁹⁶. La légitimité des acteurs du système réside alors toujours dans leur acceptation démocratique ; le droit découle donc de la démocratie. Il s'avère cependant que ce lien logique est corrélatif du fait que la démocratie a besoin du droit pour exister. En effet, « la loi prétendument démocratique ne serait pas démocratique [...] si la liberté de vote n'avait pas été respectée, [...] si le pluralisme des opinions n'a pas pu s'exprimer, si le suffrage populaire n'avait pas été assuré »⁶⁹⁷... En conditionnant la démocratie, le droit la précède aussi. Le fait que la construction communautaire n'ait pas engendré d'État démocratique en ce qu'il n'y a pas

D'ailleurs, chercher à remédier aux inconvénients des revirements de jurisprudence ne peut qu'impliquer l'acceptation qu'ils sont susceptibles de modifier l'état du droit... Voir à ce sujet N. MOLFESSIS (sous la présidence de), *Les revirements de jurisprudence – Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet (le 30 novembre 2004)*, Paris, Litec, 2005, 193 p., pp. 12-13 ; se référer également à T. DI MANNO, « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel » in « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel », études réunies et présentées par T. DI MANNO, CCC, 2006, n° 20, pp. 101-149, pp. 101-103, p. 102.

⁶⁹² Voir à ce sujet M. WELBROECK, « Le rôle de la Cour de justice dans la mise en oeuvre du traité CEE », *op. cit.*, p. 345.

⁶⁹³ S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, *op. cit.*, pp. 16-18.

⁶⁹⁴ É. PICARD, « Démocraties nationales et justice supranationale : l'exemple européen » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, *op. cit.*, pp. 211-241, p. 232.

⁶⁹⁵ Voir par ex. L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 9^{ème} éd., 2006, 968 p., §§ 486-487.

⁶⁹⁶ A. WEALE, *Democracy*, Université d'Essex, Series Editor Peter Jones et A. Weale, 1999, 236 p., p. 13.

⁶⁹⁷ É. PICARD, « Démocraties nationales et justice supranationale : l'exemple européen » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, *op. cit.*, pp. 211-241, p. 235.

de peuple européen, ne constitue alors plus un obstacle insurmontable à l'existence d'une légitimité à dire le droit sans élection et, par là, à découvrir des PGDC et des droits fondamentaux. Le critère demeure l'acceptation du pouvoir, mais il devient possible d'envisager que le droit, l'ordre juridique considéré, puisse contribuer à la légitimation du juge indépendamment du caractère démocratique de cette légitimation. En outre, si les ordres juridiques communautaire et nationaux sont fondamentalement différents, nous pouvons nous interroger sur la pertinence d'imposer les mêmes exigences pour la construction communautaire que pour les États.

355. De la même manière, il est possible de relativiser le caractère constitutif du non respect de la séparation des pouvoirs pour la critique de « gouvernement des juges ». Déjà, au niveau national, le principe de séparation des pouvoirs peut être entendu différemment, laissant « aux juges des pouvoirs d'une étendue extrêmement variable »⁶⁹⁸. Ensuite et surtout, ce principe n'est pas transposable en tant que tel dans le contexte supranational, y compris communautaire. On ne peut y retrouver les émanations habituelles des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. En revanche, la compréhension du but ultime de la séparation des pouvoirs permet d'en dégager le fondement précurseur : il s'agit avant tout de limiter la compétence de chaque organe d'un système, de manière à en éviter tout comportement despotique⁶⁹⁹. Il devient alors possible de considérer que le pouvoir juridictionnel trouve sa légitimité dans l'existence d'une limitation, d'un contre-poids juridique, quelle que soit son expression. La « structure de droit » en constitue certainement la forme la plus éclatante, car elle pose la suprématie du droit, autrement dit une limitation par le droit⁷⁰⁰. En ce sens, la critique du « gouvernement des juges » ne devient donc soutenable, qu'à partir du moment où la preuve est faite que rien ne vient limiter le pouvoir du juge, notamment dans la création des PGDC. Or, pour ce qui concerne le droit communautaire, nous avons montré que si la Communauté de droit est originale, elle existe. Elle engendre en outre un système institutionnel quadripartite au sein duquel chaque entité dispose de pouvoirs séparés. À moins de montrer que les autres institutions ne sont que des « façades »⁷⁰¹, il est impossible, sous cet angle, de justifier l'existence d'un quelconque « gouvernement des juges » communautaire. Il reste cependant à déterminer si l'existence de la « structure de droit » est de nature à circonscrire suffisamment l'action du juge pour parer à cette critique, autrement dit à fonder une légitimité institutionnelle satisfaisante.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 236.

⁶⁹⁹ Voir, à ce sujet, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, t. I, 837 p. et 1922, t. II, 638 p., réédité par Paris, Dalloz, 2004, 1525 p., t. II, p. 131. Voir également G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, réédité par Paris, Dalloz, 2002, 616 p., p. 157.

⁷⁰⁰ Voir, sur cette question, É. PICARD, « Démocraties nationales et justice supranationale : l'exemple européen » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, *op. cit.*, pp. 211-241, p. 239.

⁷⁰¹ Pour reprendre l'image employée par le doyen VEDEL pour décrire les institutions de la IV^{ème} République française, inefficaces pour garantir une séparation des pouvoirs suffisante in *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 581.

III. La légitimité éthique

356. Selon la troisième et dernière approche, l'expression « gouvernement des juges » désigne la pratique selon laquelle le juge fait primer ses aspirations politiques ou idéologiques, voire ses intérêts corporatistes, incompatibles avec « les valeurs communément admises par la société »⁷⁰². Aussi s'agit-il de déterminer les limites que le juge ne doit pas dépasser dans la pratique de son pouvoir. Autrement dit, il s'agit de savoir, pour reprendre les termes de l'ancien juge à la CJCE PESCATORE, « jusqu'où le juge peut-il aller trop loin ? »⁷⁰³ Le professeur TIMSIT considère, à ce propos, que le seul critère qualificatif de « gouvernement des juges » repose sur l'éthique du juge, c'est-à-dire son attitude cohérente ou non avec les valeurs sociales⁷⁰⁴. Ce raisonnement n'est d'ailleurs pas étranger à la doctrine communautariste⁷⁰⁵.

357. L'inconfort tient toutefois à la difficulté logique de prévoir ce qui est susceptible d'être socialement inacceptable, alors même que les valeurs sociales sont par nature en constante évolution. En ce sens, la légitimité éthique du juge est particulièrement conditionnée par l'acceptation sociale d'une personne ou d'un ensemble de personnes, en fonction de ce qu'elle(s) pense(nt). La nécessité de l'argumentation jurisprudentielle trouve alors toute sa justification⁷⁰⁶.

358. Tout effort d'analyse se heurte en outre à un problème de confusion : les critiques des juges mélangent souvent les considérations tenant à leur légitimité institutionnelle notamment démocratique, et les considérations relatives à leur légitimité éthique. Il est en effet plus arrangeant de contester une opinion par la critique des qualités de l'auteur que par celle de son raisonnement, ce qui évite de focaliser l'attention sur le caractère éventuellement minoritaire ou partial de sa propre opinion. Il est certes vrai que l'idée de légitimité en général ne peut se résumer à la conformité d'une chose vis-à-vis du texte dont elle procède : si l'analyse juridique la prescrit⁷⁰⁷, elle est bien souvent insuffisante⁷⁰⁸, ce qui conduit sur la voie de la confusion. Pour autant, l'acceptation du pouvoir normatif du juge devrait conduire à s'interroger spécialement sur cette légitimité éthique. Dès lors, le commentaire d'une décision de justice ne peut plus se passer de la connaissance de son auteur : sa composition, ses méthodes de travail, l'influence de la

⁷⁰² S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, op. cit., pp. 16-18.

⁷⁰³ P. PESCATORE, « Jusqu'où le juge peut-il aller trop loin ? » in *Festschrift til Ole Due*, København, GEC Gads Forlag, 1994, 424 p., pp. 299-327.

⁷⁰⁴ G. TIMSIT in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, op. cit., p. 316.

⁷⁰⁵ Voir par ex. C.N. KAKOURIS, « La mission de la Cour de justice des Communautés européennes et l'"ethos" du juge », *RAE*, 1994, n° 4, pp. 35-41.

⁷⁰⁶ Voir à ce sujet O. DUE, « Pourquoi cette solution ? (De certains problèmes concernant la motivation des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes) » in *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, Nomos, 1995, 1742 p., vol. I, pp. 273-282.

⁷⁰⁷ Voir, par ex., D. WEISBUCH, *Contribution à l'étude de la légitimité des juges*, sous la direction de Louis FAVOREU, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, 2004, 449 p., not. p. 247.

⁷⁰⁸ Voir sur ce point G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., p. 279.

procédure sont particulièrement susceptibles d'intéresser la compréhension d'une jurisprudence⁷⁰⁹. La remarque vaut d'autant plus dans le contexte de la construction communautaire que celle-ci a engendré un *nouveau* juge. De nombreuses descriptions nous renseignent déjà sur sa composition, son statut, la procédure qu'il doit respecter... Cependant, aucune de nos lectures n'en tire de conséquence sur la légitimité du juge de la Cour de justice, ni n'aborde la question de la légitimité en tant que telle ; en tout cas, de telles réflexions, si elles devaient toutefois exister, ne sont pas repérables, ce qui témoignerait alors de leur faible importance dans la pensée des auteurs ainsi considérés⁷¹⁰.

*

**

359. La question de la légitimité du juge de l'Union et de la Communauté européennes de droit n'est donc pas simple ; elle serait même susceptible d'occuper le temps d'une thèse⁷¹¹. Sans rentrer dans des détails qui nous entraîneraient trop loin de notre objectif principal, nous pouvons simplement chercher à situer cette question, de manière à en présenter l'intérêt pour la compréhension du système juridictionnel des droits fondamentaux communautaires.

Nous sommes en fait confrontée à deux problèmes : d'une part la légitimité institutionnelle de la CJCE posée par le droit communautaire, et d'autre part sa légitimité éthique au regard de la qualité de ses interprétations du droit communautaire. Dans les deux cas, la légitimité a affaire avec le droit communautaire dont les bases ont été posées en 1951 et surtout en 1957. Or, la mise en action du droit communautaire devait révéler le rôle méjugé de la CJCE. En estimant que le droit communautaire devait primer le droit national y compris constitutionnel⁷¹², elle soulevait indirectement la question de sa légitimité institutionnelle à se poser comme censeur des aspirations profondes et constituantes des peuples nationaux. Par ailleurs, en déduisant l'existence de PGDC par

⁷⁰⁹ Le professeur CHÉROT nous le souligna particulièrement in « Introduction », Table ronde *Quels renouvellements pour la recherche en droit ? Les apports de la théorie du droit à la doctrine*, organisée par le Laboratoire de théorie du droit, le 7 avril 2005, à Aix-en-Provence. Voir également les interrogations de J.-P. PUISSOCHET, « Intervention à propos du gouvernement des juges vu par les juges » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, op. cit., p. 302 : « On pourrait aussi, mais je me demande si ce n'est pas un sujet de colloque en soi, se demander quelle influence a, ou n'a pas, sur ce gouvernement des juges le fait que les décisions de la Cour de Luxembourg sont anonymes et répondent ainsi à la tradition constitutionnelle continentale ».

⁷¹⁰ Voir *supra*, § 43.

⁷¹¹ À notre connaissance, trois thèses relativement récentes ont bien été soutenues sur la question de la légitimité des juges par M. NASAH KUATE (*La légitimité du juge*, sous la direction de Georges WIEDERKEHR, Université Robert Schuman – Strasbourg III, 1998, 357 p.) ; par J. BILLECOQ (*La légitimité du pouvoir de juger à travers le rituel judiciaire : procédure et rituel judiciaire*, sous la direction de Robert CHARVIN, Université de Nice, 2001, 324 p.) ; et par D. WEISBUCH (*Contribution à l'étude de la légitimité des juges*, sous la direction de Louis FAVOREU, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, 2004, 449 p.). Malgré une autorisation à la publication par le jury pour la première, nous n'en avons toutefois trouvé aucune trace. D'après leur résumé et leurs mots-clés, ces thèses n'abordent de toute façon pas la question spécifique de la légitimité du juge de la Communauté de droit.

⁷¹² Voir implicitement CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141 et, explicitement, CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, *Rec.*, p. 1125.

nature non écrits, elle induisait la réflexion sur les limites de sa légitimité éthique en sus des interrogations sur la légitimité institutionnelle, les PGDC primant également les droits nationaux. Les PGDC induisent en somme un questionnement dual à propos des deux légitimités de la CJCE d'autant plus subtil que ces dernières s'entrelacent constamment.

360. En réalité, ces interrogations sont également embrouillées par l'hétérogénéité de la catégorie des PGDC. La doctrine en différencie plusieurs séries. Le professeur SIMON distingue ainsi les principes structurels – la primauté, la subsidiarité, la proportionnalité, la coopération loyale, l'équilibre institutionnel... –, les principes découlant de la Communauté de droit – la non-rétroactivité, la prévisibilité et la clarté des règles applicables, la publicité des actes... – et les droits fondamentaux⁷¹³.

Si tous ces principes sont ou étaient non écrits au moment de leur reconnaissance, certains trouvent un fondement textuel implicite, indirect ou combiné. La nature des PGD en général implique une source préexistante, dans laquelle le juge va puiser son inspiration : il peut s'agir aussi bien de textes de valeur juridique quelconque que de « la conscience juridique du temps », ou d'un « certain état de civilisation »⁷¹⁴. Néanmoins, le fait que le juge communautaire se fonde sur un texte ou sur une conscience politique peut avoir un impact différent sur des acteurs nationaux surpris par des développements jurisprudentiels insoupçonnés. Il serait notamment logique d'attendre que les PGDC fondés sur des appréciations politiques soient plus contestés. Or, en l'espèce, seule l'inverse est vraie.

361. En effet, alors que les droits fondamentaux n'avaient *a priori* aucun fondement textuel et furent reconnus selon des exigences essentiellement politiques, ils ont globalement été acceptés par les juges nationaux qui en avaient d'ailleurs suggéré la reconnaissance⁷¹⁵. Cependant, les autres PGDC, qui répondaient pourtant aux exigences de l'ordre juridique communautaire dont les caractéristiques n'avaient été qu'insuffisamment précisées⁷¹⁶ ont reçu un accueil mitigé. Spécialement, le principe de

⁷¹³ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2001, 779 p., §§ 294-296, pp. 363-369.

⁷¹⁴ Voir resp. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, *op. cit.*, § 123 ; et G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 260.

⁷¹⁵ Voir *supra*, §§ 305 et s.

⁷¹⁶ Voir à ce sujet les propos de l'ancien juge à la CJCE PUISOCHET dénonçant les « silences sur certains points fondamentaux des traités » toutefois compréhensibles du fait « qu'essayer de sortir du silence eût exposé à des difficultés de caractère politique et constitutionnel si grandes qu'il a été probablement sage de les éviter » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, *op. cit.*, pp. 296-305, spéc. pp. 299-300.

L'histoire, notamment constitutionnelle française, n'est d'ailleurs pas exempte de situations similaires. Nous renverrons simplement au laconisme des quelques lois constitutionnelles communément désignées comme étant la Constitution de 1875 de la III^{ème} République. Comme l'explique J. BARTHÉLEMY et P. DUEZ in *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, 955 p., pt IV « Absence de tout dogmatisme dans la rédaction », p. 39 : « Les auteurs de la constitution de 1875 appartenaient à des camps opposés. Ils devaient, par conséquent, se borner à faire une œuvre terre à terre, pratique ; à établir des institutions qui pussent fonctionner. Ils se trouvaient donc obligés d'éviter toute déclaration de principes : toutes les divisions auraient, en effet surgi et il n'aurait pas été possible d'arriver à l'entente ». Nous remarquerons enfin que de tels silences volontaires n'ont pas forcément eu pour effet de saper le système auquel ils

primauté, tel que dégagé par la CJCE, découle directement d'une lecture combinée des dispositions du traité CEE devenu CE⁷¹⁷, mais fut largement décrié et n'est pas pleinement reçu par les juges nationaux encore aujourd'hui⁷¹⁸.

362. La légitimité de la CJCE à reconnaître les droits fondamentaux communautaires n'a cependant pas vraiment été discutée. Certes, ce silence résulte assurément du fait qu'il apparaissait nécessaire que la construction communautaire comprenne des droits fondamentaux. Ainsi, que le juge les reconnaisse apparut à ce point positif qu'il n'a pas été analysé sous l'angle de la possible contestation. Toutefois, l'existence de la Communauté de droit n'a jamais impliqué les droits fondamentaux, comme nous l'avons expliqué précédemment⁷¹⁹. Que le juge communautaire disposât de la légitimité de les reconnaître n'est donc pas en soi évident.

363. S'il ne s'agit pas de contester l'enrichissement bénéfique de l'ordre juridique communautaire, la mise en question de la légitimité du juge à reconnaître les droits fondamentaux communautaires ne peut que nous permettre d'en envisager fidèlement les implications, et surtout les limites. Notamment, comprendre pourquoi le juge a pu proclamer ces droits peut nous permettre de comprendre ensuite pourquoi il ne reconnaît pas tel ou tel droit aujourd'hui, comme sur la question de l'homosexualité⁷²⁰.

364. Puisque les droits fondamentaux font partie des PGDC, la question de la légitimité des premiers ne peut se passer de la question de la légitimité des seconds, sachant qu'à chaque fois, légitimité institutionnelle et légitimité éthique ne doivent pas être confondues. En outre, si les PGD constituent un produit logique de toute activité jurisprudentielle, il s'avère que les PGDC résultent directement du droit communautaire. Ils sont alors fondés en droit et peuvent prétendre être légitimes. En revanche, la catégorie spécifique des droits fondamentaux communautaires résulte d'un processus différent : ils ont été légitimés par la conjonction, nouvelle à propos du droit communautaire, des croyances que tout ordre juridique approfondi doit protéger des droits fondamentaux. En ce sens, les droits fondamentaux se différencient des autres PGDC.

participaient : la III^{ème} République demeure, encore à l'heure actuelle, le plus long régime que la France ait connu.

⁷¹⁷ Voir *supra*, § 82.

⁷¹⁸ Pour ne prendre que l'exemple français, les juridictions suprêmes excluent du jeu de la primauté du droit communautaire le droit constitutionnel. Voir, par ordre chronologique, CE Ass. 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, req. n° 200286 et 200287, *Rec.*, p. 368 ; et Cass. Ass. plén., 2 juin 2000, *Delle Fraisse*, pourvoi n° 99-60274, *Bull.*, n° 4, p. 7. Pour une explication synthétique, voir V. CONSTANTINESCO, « Les rapports entre les traités et la constitution : du droit interne au droit communautaire » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. I, pp. 463-481, spéc. pp. 470-475.

⁷¹⁹ Voir *supra*, §§ 317 et s.

⁷²⁰ CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant c/ South-West Trains Ltd*, aff. C-249/96, *Rec.* p. I-621. Voir *infra*, § 504.

365. La compréhension de la légitimité du juge de la Cour de justice à reconnaître les droits fondamentaux communautaires passe donc d'abord par l'appréhension du caractère *a priori* légitime des PGDC. Ce caractère a d'ailleurs permis de masquer le processus de légitimation particulière qu'ont reçu les droits fondamentaux communautaires. En d'autres termes, si de la reconnaissance légitime des PGDC (chapitre premier) découle la reconnaissance légitimée des droits fondamentaux communautaires (chapitre second), cette dernière témoigne d'un processus original qui a permis d'approfondir qualitativement la construction communautaire et, par ricochet, la mission du juge qui en découle.

CHAPITRE PREMIER

LA RECONNAISSANCE LÉGITIME DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT COMMUNAUTAIRE

366. En vertu de l'article 164 CEE, devenu l'article 220 TCE, le juge communautaire est chargé d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité ». Cette disposition lui confère en fait des pouvoirs aussi importants que les espoirs fondés dans la construction communautaire étaient grands : parce que les rédacteurs des traités voulaient éviter que leur entreprise ne sombre dans les méandres habituels du droit international public – au moins de l'époque –, il était nécessaire de prévoir une sanction efficace du potentiel non-respect des dispositions communautaires⁷²¹. Au-delà de sa portée qualificative « de droit »⁷²², l'organisation de la garantie du droit communautaire revêtait un aspect pratique qui devait se révéler essentiel à la viabilité de l'ordre juridique communautaire⁷²³.

367. En ce sens, la Cour de justice nouvellement créée devait disposer de capacités suffisantes pour jouer le rôle qui lui était ainsi conféré. Il ne fut donc pas choisi d'en faire un juge limité à une « pure » application du droit, mais au contraire de lui attribuer la possibilité d'interpréter le droit communautaire en général. Alors que nombreux furent les silences du texte à propos de questions pourtant essentielles⁷²⁴, il nous est difficile de ne pas penser que les rédacteurs espéraient par là que la Cour pourrait solutionner les questions qui, diplomatiquement, devaient à ce moment-là être éludées. Le fait que la juridiction de la Cour soit obligatoire devait en outre empêcher les États membres de s'y dérober en temps voulu. En tout cas, l'ampleur de la tâche confiée à ce nouveau juge devait induire que celui-ci disposerait de qualités éminentes.

⁷²¹ Voir not. les propos de l'un des anciens présidents de la CJCE : R. LECOURT, « Le rôle unificateur du juge dans la Communauté » in *Études de droit des Communautés européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, 530 p., pp. 223-237.

⁷²² Voir *supra*, Chap. II du Titre I, §§ 174 et s.

⁷²³ Voir à ce sujet R. LECOURT, *Le juge devant le Marché commun*, Études et travaux de l'Institut universitaire de Hautes Études Internationales, n° 10, Genève, Institut universitaire de Hautes Études Internationales, 1970, 69 p., pp. 27-48.

⁷²⁴ Voir J.-P. PUISOCHET, « Intervention à propos du gouvernement des juges vu par les juges » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, op. cit. Voir également *supra*, § 361, note n° 714.

368. Notamment, nous pensons que son statut devait permettre de rassurer les États : s'ils pouvaient craindre une sanction juridictionnelle, ils devaient être sûrs quelle ne devait pas résulter du jeu diplomatique. Les concessions en matière de souveraineté étaient telles – au moins pour l'époque – qu'il est fort probable que les États n'auraient pas intégré la construction communautaire s'ils avaient craint une quelconque hégémonie d'un autre État, ou d'un groupe d'autres États. Certains États membres fondateurs étaient en effet beaucoup plus petits que d'autres en terme de géographie, de population ou même de poids sur la scène internationale, et auraient pu logiquement craindre en pâtir dans une organisation internationale classique⁷²⁵. L'importance accordée aux pouvoirs de la Cour de justice devait dès lors logiquement s'accompagner d'un certain soin apporté au statut de ses juges, de manière à les écarter de toute influence politico-diplomatique.

369. En s'assurant de la confiance des États membres, les rédacteurs des traités ne cherchaient en fait pas autre chose qu'à poser la légitimité de la Cour de justice à garantir l'ordre juridique communautaire. Cette légitimité devait être en cohérence avec l'importance des pouvoirs d'interprétation qui permettaient dès le début à la Cour d'interpréter le texte, et surtout de le compléter, dans la logique du droit communautaire globalement considéré. La possibilité de reconnaître ce que sont devenus par la suite les PGDC devait en dépendre.

Différents éléments furent alors conçus de manière à fonder la légitimité de la Cour de justice à disposer d'un pouvoir d'interprétation aussi vaste et, par là même, à en borner l'exercice. Autrement dit, la légitimité institutionnelle à posséder ces pouvoirs⁷²⁶, et la légitimité éthique à les exercer plus ou moins largement⁷²⁷ étaient posées.

370. Cette opération fut toutefois effectuée avant que le droit communautaire ait pu déployer tous ses effets. La légitimité n'était donc envisagée que sous l'angle de l'ordre juridique communautaire *stricto sensu*. La portée de la *communautarité* surjective⁷²⁸, et de la relativité matricielle⁷²⁹ qui en découle, est néanmoins susceptible de renouveler la problématique. Il est en effet possible de douter que la suffisance de la légitimité vis-à-vis des États membres corresponde à la légitimité attendue par les acteurs des ordres nationaux de concrétisation des normes communautaires, spécialement lorsque sont en cause les droits fondamentaux.

⁷²⁵ Au-delà des considérations géographiques et démocratiques permettant de distinguer les « petits » États du Benelux des autres États membres, nous pouvons rappeler que la France était et demeure le seul État de la construction communautaire à disposer d'un siège permanent au Conseil de sécurité de l'ONU. Son poids diplomatique était donc susceptible d'engendrer une certaine hégémonie qui aurait été incompatible avec les objectifs de la construction communautaire. Voir d'ailleurs à ce sujet A.M. DONNER, « *The Constitutional Powers of the Court of Justice of the European Communities* », *CML Rev.*, 1974, pp. 127-140, p. 128.

⁷²⁶ Voir *supra*, §§ 349 et 353-355.

⁷²⁷ Voir *supra*, §§ 349 et 356-358.

⁷²⁸ Voir *supra*, §§ 124 et s.

⁷²⁹ Voir *supra*, §§ 159 et s.

371. D'ailleurs, au regard de la profondeur de l'impact communautaire sur les ordres nationaux, il n'est pas étonnant que l'on cherche à renforcer l'idée de la légitimité de la Cour de justice en la qualifiant de véritable Cour constitutionnelle⁷³⁰. De nombreux auteurs tentent ainsi d'attribuer à la juridiction communautaire une dimension qu'elle n'avait certainement pas, et dont il est encore permis de douter. En l'absence de constitution et de peuple constituant, donc en l'absence de toute structure étatique fondée sur une souveraineté pleine, l'usage du vocabulaire constitutionnel est éminemment critiquable⁷³¹. Certes, quelques-uns ont conscience du pari ainsi effectué, mélangeant leurs aspirations politiques aux considérations objectivement constatables⁷³². D'autres précisent qu'il ne faut pas attribuer au mot « constitutionnel » toute la profondeur politique que l'on peut lui attribuer en langue française au contraire d'autres langues des Communautés⁷³³.

Toutefois, toujours attachée à éviter les réflexes « statocentrés », nous ne chercherons nullement à savoir si la juridiction communautaire constitue une cour constitutionnelle au sens rigoureux du terme. L'important est de nous concentrer sur la réalité pratique de la justice communautaire : il s'agit de comprendre les sources de sa légitimité dans le but d'appréhender les raisons profondes qui ont permis à la CJCE de développer les PGDC, ayant servi ensuite de vecteurs à la reconnaissance, non obligatoire dans le contexte de la Communauté de droit, des droits fondamentaux communautaires. La logique prospective tournée par nature vers l'avenir ne correspond donc pas du tout à notre recherche explicative du passé.

372. Afin de comprendre les PGDC dont font partie les droits fondamentaux communautaires, nous nous attacherons, en somme, à expliquer la légitimité dont disposait la CJCE pour les reconnaître. Le terme « légitimité » étant polysémique, il devient nécessaire d'en dérouler les différentes implications : sont en cause non seulement les raisons qui ont motivé les États membres à conférer un tel pouvoir à la juridiction communautaire, mais encore celles qui ont permis l'acceptation des autres acteurs de la pratique faite par la CJCE de son pouvoir d'interprétation du droit communautaire. Si se profilent ici les légitimités institutionnelle et éthique, il s'avère que la première a trait au fondement de la légitimité *en général*, et la seconde à son domaine.

⁷³⁰ Parmi de nombreux exemples, voir C.N. KAKOURIS, « La Cour de Justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle : Trois observations », *op. cit.* ; J. MISCHO, « Un rôle nouveau pour la Cour de justice ? », *RMC*, 1990, pp. 681-686, p. 681 ; ou encore D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 381, pp. 483-484.

⁷³¹ Voir *supra*, § 6. Le doyen FAVOREU n'est d'ailleurs pas le seul constitutionnaliste à déplorer le mésusage du vocabulaire constitutionnel. Voir également F. DELPÉRÉE, *Le fédéralisme en Europe*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 2000, 127 p., p. 99 cité par H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *RAE*, 2000, n° 1-2, pp. 209-222, p. 210.

⁷³² À propos du pari qui « ne dit pas seulement risque, mais aussi croyance dans l'avenir et possibilité de gain », voir H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *ibid.*, p. 209.

⁷³³ Voir not. J.-P. PUISOCHET, « Intervention » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, *op. cit.*, p. 298. Voir également l'usage judiciaire des guillemets : H. CHAVRIER, « Article 220 » in P. LÉGER (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, *op. cit.*, pp. 1578-1597, spéc. p. 1583.

Soucieuse de l'accessibilité de nos propos dans un contexte internationalisé⁷³⁴, nous préférons alors adopter les expressions les moins personnalisées et donc les plus transposables. Nous envisagerons ainsi le fondement de la légitimité de la CJCE qui l'a autorisée à recourir aux PGDC (première section), puis le domaine de sa légitimité qui lui a permis de les élaborer (seconde section).

Première section. Le fondement de la légitimité des juges

373. Puisque la notion de légitimité est difficile à appréhender, plusieurs auteurs tentent de repérer les moyens utiles à son identification. Certains considèrent que la légitimité impose d'être envisagée négativement, et en déduisent qu'il devient nécessaire de rechercher les critères dont l'absence ou le non-respect sont susceptibles de révéler l'illégitimité⁷³⁵. D'autres se fondent sur la mission profonde du juge au sein de l'ordre juridique dont il procède. La réflexion se porte alors sur l'évaluation des qualités du juge au regard de celles prescrites logiquement par la nature de sa mission⁷³⁶. La difficulté redouble toutefois lorsque le juge est chargé de plusieurs fonctions dont les différences induisent, dans l'absolu, des qualités corrélativement différentes. Si l'évaluation des caractères du juge peut tout de même se poursuivre en privilégiant sa mission principale⁷³⁷, il demeure une ambiguïté profonde résultant du compromis nécessaire, dans l'élaboration du statut du juge, entre les différentes qualités attendues potentiellement contradictoires. La difficulté d'appréhension de la légitimité du juge en général trouve peut-être ici son explication la plus significative : la plupart des juges – si ce n'est la totalité – sont polyvalents. Si cette réalité est parfois – quoique plutôt de moins en moins – niée théoriquement⁷³⁸, la polyvalence du juge communautaire est au contraire mise en avant.

374. En tant que juge de la *communautarité*, la juridiction communautaire pourrait être comparable à un juge de cour suprême exerçant tout à la fois les fonctions dites « ordinaires », et la fonction de contrôle par rapport à la norme suprême de l'ordre

⁷³⁴ Voir notre prise de position in « Langue du droit et doctrine : la linguistique juridique au service de l'accessibilité internationalisée des contributions doctrinales », *Revue générale de droit*, dirigée par le professeur BEAULNE, éd. Wilson & Lafleur, Université d'Ottawa, Faculté de droit, Section de droit civil, 2004, n° 2, vol. 34, pp. 233-265.

⁷³⁵ Se référer not. à J.-M. DENQUIN, « Justice constitutionnelle et justice politique » in C. GREWE, O. JOUANJAN, É. MAULIN et P. WACHSMANN (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, 2005, 188 p., pp. 75-84, p. 84.

⁷³⁶ Voir à ce sujet D. WEISBUCH, *Contribution à l'étude de la légitimité des juges*, op. cit., pp. 9, 198 ou encore 299-302.

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 9.

⁷³⁸ À propos de la variabilité des frontières du pouvoir de contrôle de la loi impliquant soit uniquement le juge dit « constitutionnel », soit l'ensemble des juges, mais également « l'énigme de la pluralité des contentieux des cours constitutionnelles », voir L. HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique » in C. GREWE, O. JOUANJAN, É. MAULIN et P. WACHSMANN (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, op. cit., pp. 85-112.

juridique en question, soit une constitution ou ici les traités fondateurs⁷³⁹. Or, si le contentieux ordinaire touche « à la manière dont les individus devraient se comporter les uns avec les autres », « les questions que les juges constitutionnels doivent trancher concernent la manière dont l'État devrait ou pourrait se comporter vis-à-vis des citoyens », en déterminant ce que l'État doit organiser ou ce qui doit être laissé à l'appréciation individuelle⁷⁴⁰. Aussi le juge doit-il, dans le premier cas, faire preuve d'une totale impartialité vis-à-vis des arguments des parties pour respecter leur égalité, tandis que, dans le second cas, il doit s'attacher à exprimer la volonté générale ou, du moins, l'opinion sociale dominante aboutie démocratiquement⁷⁴¹, ce qui relativise quelque peu son indépendance sur le plan intellectuel et justifie une nomination politisée... Le juge constitutionnel doit toutefois demeurer indépendant « tant à l'égard des pouvoirs publics qu'[il] contrôle que des forces extérieures susceptibles de faire pression sur [lui] »⁷⁴², de manière à faciliter l'acceptation de ses décisions.

375. L'indépendance, bien que ses modalités puissent être nuancées, doit ainsi caractériser tout juge quelle que soit sa mission. Cette indépendance est d'ailleurs appréciée en tant qu'élément constitutif de la qualité de juge, spécialement par la CEDH⁷⁴³. En réalité, le juge doit être indépendant non seulement vis-à-vis des parties, mais surtout à l'égard des autres organes de l'ordre juridique et spécialement du pouvoir exécutif, en ce qu'il participe à sa nomination. Le professeur CARRÉ DE MALBERG identifie d'ailleurs plusieurs éléments utiles à cette indépendance : le juge doit être inamovible, n'être soumis à aucune puissance hiérarchique d'émanation exécutive – y compris disciplinaire – et disposer d'une immunité de juridiction de principe⁷⁴⁴. En tant que juge chargé d'une mission constitutionnelle, il doit également incarner le consensus politique qu'il a pour fonction de formuler. Sa nomination ne peut donc qu'être politisée⁷⁴⁵. Elle participe à la nécessaire mise en situation du juge constitutionnel dans un environnement institutionnel plus global. Si le juge purement ordinaire n'est en relation qu'avec les parties en instance, le juge investi d'une mission constitutionnelle s'exprime à l'intention de l'ensemble des acteurs de l'ordre juridique en question.

⁷³⁹ Parmi de nombreux exemples, voir J.-P. COLIN, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, op. cit., p. 36 ; et, pour un exemple plus récent, L. FAVOREU, « Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles » in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 35-45, §4, pp. 37-38.

⁷⁴⁰ Pour les deux citations, R. DWORKIN, « Rapport sur : Un pontificat laïc » in R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence – Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, Publications de la Sorbonne, 2003, 381 p., pp. 83-98, pp. 86-87.

⁷⁴¹ Voir sur cette question G. SCOFFONI, « Les enseignements d'une vieille démocratie : l'exemple américain » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, op. cit., pp. 187-200, p. 198 et les précisions apportées dans le débat y afférant pp. 201 et 207.

⁷⁴² L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, op. cit., § 307, p. 234.

⁷⁴³ Sur ce point, se référer not. à F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 7^{ème} éd., 2005, 715 p., § 214, pp. 359-360.

⁷⁴⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., t. I, § 258, pp. 769-770.

⁷⁴⁵ À propos de la différence de nomination des juges constitutionnels par rapport aux juges ordinaires, voir G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, « Rapport sur : Le juge face à lui-même » in R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence*, op. cit., pp. 329-342, p. 338.

376. Le juge qui, comme le juge communautaire, exerce des fonctions ordinaire et « constitutionnelle », doit donc gérer une légitimité à un double niveau : elle peut être envisagée aussi bien comme elle l'est pour tout juge, c'est-à-dire en elle-même, mais également dans son déploiement institutionnel. Ce juge est légitime institutionnellement, son pouvoir est accepté, parce qu'il est d'une part indépendant et d'autre part habilité à s'exprimer au nom de tous. Il doit donc disposer d'un statut protecteur et bénéficier d'une légitimité démocratique, en d'autres termes, d'une certaine responsabilité démocratique.

377. Le juge communautaire n'y échappe pas. D'ailleurs, nombreuses sont les critiques dénonçant l'insuffisance aussi bien de ses garanties statutaires que de sa légitimité démocratique. Sont notamment mis en cause sa nomination et le possible renouvellement de son mandat qui l'empêchent de jouir d'une pleine indépendance⁷⁴⁶. D'autres accusent ce juge d'être illégitime en l'absence de peuple ou de souveraineté fondatrice⁷⁴⁷. De tels arguments sont certes justifiés. Nous ne pouvons toutefois les recevoir en ce que leur formulation résulte d'une comparaison à l'aune du modèle étatique. Or, nous ne cherchons nullement à savoir si le juge communautaire est légitime comme une cour constitutionnelle nationale peut l'être, mais en tant que juge d'un ordre juridique si original qu'il a fallu en revisiter la substance.

378. Une étude de la légitimité institutionnelle, en tant que fondement de la légitimité en général du juge communautaire, ne peut être appropriée qu'au regard de l'ordre juridique dont le juge procède. À défaut, le chercheur s'engage dangereusement vers la méconnaissance de son objet. D'ailleurs, une réflexion correctement orientée révèle une dépréciation fâcheuse non seulement des garanties statutaires de l'indépendance de la juridiction communautaire (§1), mais aussi de sa légitimité démocratique (§2), même si certains points mériteraient réformation.

⁷⁴⁶ Voir spéc. L. FAVOREU, « Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles », *op. cit.*, pp. 35-45, § 8, p. 41. *Contra* à propos de la CEDH, mais d'une manière peu convaincante à notre sens, voir G. MALINVERNI, « L'indépendance de la Cour européenne des droits l'homme » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. II, pp. 1179-1188, p. 1185 : la question est quasiment éludée, et p. 1188, l'auteur se contente de relever que : « À en juger par les textes et par la pratique [...], l'indépendance de la Cour européenne des droits de l'homme ne semble faire aucun doute. La meilleure preuve en est la faveur grandissante qu'elle rencontre auprès des justiciables, et qui se traduit par un accroissement préoccupant des requêtes déposées. Cette confiance dont bénéficient les juges de Strasbourg est le meilleur témoignage de leur indépendance et de leur impartialité ». Nous nous réservons la possibilité d'émettre des doutes quant à l'automatisme de cette corrélation... Nous remarquerons enfin que, de toute façon, le *Protocole n° 14 à la CESDH, amendant le système de contrôle de la Convention*, signé à Strasbourg, le 13 mai 2004 est susceptible de clore cette controverse. L'article 2 de ce Protocole entend en effet modifier l'article 23, § 1, de la CESDH, qui est ainsi rédigé : « Les juges sont élus pour une durée de neuf ans. Ils ne sont pas rééligibles ». Ce protocole n'est en fait pas encore en vigueur puisque seuls 45 États l'ont signé, dont 35 qui ont procédé à une ratification. Or, son article 19 ne prévoit son entrée en vigueur que par l'unanimité des États parties à la Convention, soit 46 ratifications. Il est toutefois possible de penser, au regard du fait que plus des trois-quarts des États ont déjà ratifié ce Protocole n° 14 et que la quasi-totalité des États l'ont signé – seule la Russie ne l'a pas fait à ce jour –, que celui-ci devrait entrer en vigueur assez rapidement. À jour des modifications le 24 avril 2006.

⁷⁴⁷ Voir not. R. BADINTER in R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence*, *op. cit.*, pp. 13 et 349.

§1. Des garanties statutaires dépréciées

379. L'article 245 TCE renvoie à un protocole le soin de fixer le *Statut de la Cour de justice*⁷⁴⁸, globalement considérée. Ce texte comporte des éléments d'autant plus importants à propos de la légitimité des juges, que ces éléments échappent à toute possibilité de modification en dehors de la révision des traités et de leurs protocoles. Le statut des membres de la juridiction communautaire – juges et avocats généraux – relève en effet du titre I^{er} du *Statut* dont les dispositions sont exclues de la compétence de révision du Conseil de l'Union européenne en vertu de l'article 245, alinéa second, TCE.

380. Plusieurs éléments de ce titre I^{er} du *Statut de la Cour de justice* méritent d'être cités : l'article 3 pose l'immunité de juridiction des juges que seule l'assemblée plénière de la Cour peut lever ; l'article 4 énonce un certain nombre d'incompatibilités assez classiques ; les articles 5 et 6 concernent l'inamovibilité des juges que seule une décision unanime des juges et des avocats généraux de la Cour peut écarter ; enfin, l'article 8 prévoit que notamment ces dispositions sont applicables à l'endroit des avocats généraux. D'autres articles du *Statut* peuvent également intéresser la légitimité institutionnelle des membres de la juridiction communautaire. L'article 18 concerne ainsi l'impartialité des juges et avocats généraux qui ne peuvent siéger pour une affaire qu'ils auraient eue à connaître préalablement.

381. Toutes ces garanties ne posent *a priori* aucun problème ; en tout cas, nous n'en avons pas trouvé trace. La situation est toutefois bien différente en ce qui concerne la nomination des membres de la juridiction communautaire. Très tôt en effet, la doctrine a souligné la faiblesse des garanties d'indépendance accordées dans la nomination et, surtout, la possibilité de renouvellement des mandats des juges et avocats généraux⁷⁴⁹. L'article 167 CEE, devenu l'article 223 TCE, dispose que la nomination des membres de la Cour relève de la compétence des gouvernements des États membres (alinéa 1^{er}) et que « Les juges et les avocats généraux sortants peuvent être nommés de nouveau » (alinéa 4). Or, si la nomination par des autorités politiques ne pose pas en soi de problème⁷⁵⁰, le mécanisme ouvrant la voie au renouvellement est susceptible d'insinuer « l'influence et

⁷⁴⁸ *Protocole sur le statut de la Cour de justice, annexé au traité sur l'Union européenne, au traité instituant la Communauté européenne et au traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique*, conformément à l'article 7 du traité de Nice, modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé à Nice le 26 février 2001 (JOCE C 80 du 10.3.2001), tel que modifié par décision du Conseil du 15 juillet 2003 (JOUE L 188 du 26.7.2003 p. 1), par l'article 13, deuxième paragraphe, de l'acte relatif aux conditions d'adhésion du 16 avril 2003 (JOUE L 236 du 23 septembre 2003, p. 37), par décisions du Conseil des 19 et 26 avril 2004 (JOUE L 132 du 29.4.2004, p.1 et 5, et JO L 194 du 2.6.2004, p. 3, rectificatif), par décision du Conseil du 2 novembre 2004 instituant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (JOUE L 333 du 9.11.2004, p. 7) et par décision du Conseil du 3 octobre 2005 (JO L 266 du 11.10.2005, p. 60).

Disponible via Internet : <<http://curia.eu.int/fr/instit/txtdocfr/txtsenvigueur/statut.pdf>>.

⁷⁴⁹ Voir par ex. V. GREMENTIERI, « Le statut des juges de la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1967, pp. 817-830, spéc. pp. 822-825.

⁷⁵⁰ À propos de la contestation des critiques tendant à déduire la soumission du juge au pouvoir exécutif du simple fait que le premier est nommé par le second, voir R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., tome I, 837 p., § 258, pp. 770-773.

le conformisme politiques »⁷⁵¹ en incitant l'individu à une certaine complaisance en vue d'une nouvelle nomination ou d'une perspective intéressante de reclassement professionnel en cas de retour dans son pays d'origine⁷⁵².

382. L'indépendance du membre de la juridiction communautaire serait donc mise en question. Les doutes soulevés influeraient en outre sur l'appréciation de l'autonomie de la juridiction en tant que telle, d'autant qu'elle est tributaire du Conseil de l'Union européenne – émanation des États membres – dans la modification non seulement de son statut, mais également de son règlement de procédure⁷⁵³.

383. Ces réalités ne doivent toutefois pas être écartées de leur contexte. D'abord, leur justification ne doit pas être omise : il s'agissait avant tout de garantir aux États non seulement une représentation diplomatiquement équilibrée⁷⁵⁴, mais également « la présence au sein de la Cour d'un juge qui connaisse leur propre droit »⁷⁵⁵ toujours dans la perspective, déjà évoquée, de la crainte hégémonique⁷⁵⁶. En outre, si les conditions de nomination et de renouvellement des mandats n'ont pas changé⁷⁵⁷, ce maintien du droit originaire renvoie certainement au fait que le point négatif ainsi envisagé est compensé par d'autres éléments dont l'appréciation globale permet d'estimer l'indépendance des membres de la Cour comme réelle⁷⁵⁸.

384. Si nous ne contestons pas le progrès que constituerait la transformation du mandat actuel en un mandat plus long et non renouvelable, l'analyse scientifique impose de ne pas rejeter en bloc un système dont les qualités ne s'épuisent pas en un seul caractère. Le fait que la pratique n'ait jamais révélé de « dépendance » politisée⁷⁵⁹

⁷⁵¹ P. PESCATORE, « La légitimité du juge en régime démocratique », *Commentaire*, 2000, pp. 339-349, p. 343.

⁷⁵² La remarque vaut d'autant plus pour des juges ou avocats généraux jeunes qui, en cas de cessation de fonction, n'auraient pas atteint l'âge de la retraite lors de leur retour dans leur pays d'origine. Nous remarquerons toutefois que, à ce niveau de compétences, les personnes en cause n'éprouveraient aucune difficulté à intégrer le monde professionnel privé, que ce soit *via* des cabinets d'avocats ou des organismes de formation universitaire.

⁷⁵³ Voir resp. les articles 245 et 223, *in fine*, TCE.

⁷⁵⁴ Voir sur ce point M. LAGRANGE, « La cour de justice des communautés européennes : du plan Schuman à l'union européenne », *RTDE*, 1978, pp. 1-17, p. 6.

⁷⁵⁵ J. BOULOUIS, « L'évolution de la fonction juridictionnelle dans les Communautés » *in Droit communautaire et droit français – Recueil d'études*, France, éd. La Mémoire du Droit, 1999, 380 p., pp. 131-138, p. 133.

⁷⁵⁶ Voir *supra*, § 368.

⁷⁵⁷ Voir not. D. RUIZ-JARABO, « La réforme de la Cour de justice opérée par le traité de Nice et sa mise en œuvre future », *RTDE*, 2001, pp. 705-725, p. 706. La Cour de justice conserve ainsi une des caractéristiques du juge en droit international public. Voir, à propos de la rééligibilité des juges de la CIJ, P. DAILLIER et A. PELLET (N. QUOC DINH †), *Droit international public, op. cit.*, § 540, p. 891.

⁷⁵⁸ Pour une prise de position similaire, voir V. GREMENTIERI, « Le statut des juges de la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 830.

⁷⁵⁹ Même les auteurs les plus critiques envers l'indépendance des juges de la construction communautaire reconnaissent « leurs qualités intrinsèques », et la valeur « du travail accompli ». Voir à ce sujet L. FAVOREU, « Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles », *op. cit.*, § 5, p. 37.

témoigne d'ailleurs que la focalisation sur un défaut spécifique ne constitue pas l'attitude la plus adéquate. Il s'agit donc de ne sous-estimer ni l'indépendance des juges et des avocats généraux (A) ni, par ricochet, l'autonomie de la juridiction communautaire (B), dans l'appréciation de leur légitimité.

A. L'indépendance sous-estimée des juges

385. Alors que la crainte du juge investi d'une mission constitutionnelle, donc « politisé », apparaît plus relever d'une conviction que d'un raisonnement⁷⁶⁰, il demeure essentiel que le juge puisse exercer sa mission, même politique, en toute indépendance et, par suite, en toute impartialité. La remarque vaut d'autant plus pour les juges communautaires qu'ils sont devenus les principaux promoteurs d'un ordre juridique si original que les États signataires avaient pu en négliger toute la portée.

386. L'indépendance des juges se mesure en fait essentiellement à l'aune de deux éléments : les conditions de leur nomination et leur inamovibilité. Si les juges communautaires sont clairement inamovibles, en vertu des articles 5 et 6 de leur *Statut*, les conditions de leur nomination sont controversées. Certes, le possible renouvellement de leur mandat ouvre intuitivement la critique. Néanmoins, une réflexion au regard des spécificités de l'ordre juridique communautaire conduit à relativiser le défaut. Non-seulement, les inconvénients liés au renouvellement du mandat sont majoritairement suppléés, spécialement par le secret des délibérés (1), mais encore ce renouvellement du mandat est susceptible de présenter certaines qualités dans la mesure du contexte spécifique de l'Union et de la Communauté européennes de droit (2).

1. Un renouvellement du mandat pondéré par le secret des délibérés

387. De manière évidente, la critique à l'encontre du renouvellement du mandat du juge ne vaut que pour autant que l'État soit en mesure de connaître les prises de position de ce juge. Or, les juges de la Cour de justice sont soumis au secret des délibérés : leur serment, préalable à leur entrée en fonction, porte notamment sur l'obligation « de ne rien divulguer du secret des délibérations »⁷⁶¹, que ce soit au sein même de la décision que par leur comportement ultérieur⁷⁶². Il devient dès lors

⁷⁶⁰ Voir à ce sujet J.-M. DENQUIN, « Justice constitutionnelle et justice politique » in C. GREWE, O. JOUANJAN, É. MAULIN et P. WACHSMANN (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, op. cit., pp. 75-84, p. 83 : « Est-il d'ailleurs étonnant que des juges sélectionnés sur des critères entièrement ou partiellement politiques, jouissant d'une liberté très grande et connaissant les conséquences politiques de leurs décisions, soient suspectés de déterminer leur choix selon des critères politiques ? C'est la conviction contraire qui paraît difficile à fonder ».

⁷⁶¹ Article 2 du *Statut de la Cour de justice*, op. cit. Nous en profitons pour souligner la synonymie des termes « délibérations » et « délibérés », nous permettant de les utiliser alternativement.

⁷⁶² Voir not. J.-P. PUISOCHET, « Le délibéré de la Cour de justice des Communautés européennes » in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 121-132, p. 126.

impossible de savoir si la décision a été adoptée à l'unanimité ou à la majorité et, par suite, d'être informé du sens des votes de chacun.

388. Le secret des délibérés devient ainsi une protection essentielle pour le juge communautaire vis-à-vis des États membres. Ils y sont d'ailleurs particulièrement attachés⁷⁶³ comme nous avons pu nous-même le constater⁷⁶⁴. Cette garantie n'en est pour autant pas moins bien considérée par ceux dont on pourrait croire en la curiosité intéressée. Les États membres se révèlent en effet soucieux de protéger le secret des délibérés. Déjà, en tant que rédacteurs et signataires du Statut de la Cour de justice, ils l'ont introduit très clairement, en énonçant que « Les délibérations de la Cour sont et restent secrètes »⁷⁶⁵. En outre, ils imposent ce secret à tous les acteurs susceptibles de prendre connaissance des délibérations, qu'il s'agisse évidemment des juges, du greffier ou des éventuels rapporteurs adjoints⁷⁶⁶. Enfin, ils ont choisi de protéger ce secret contre toute révision qui ne serait pas « constitutive ». Certes, la plupart des dispositions relatives au secret des délibérés peuvent être révisées par la conjonction des volontés institutionnelles⁷⁶⁷. Néanmoins, l'article relatif au serment des juges échappe à une telle compétence. Le secret des délibérés relève donc, et de manière ultime, de la décision des États membres en tant que « puissance constitutive ».

389. Il devient par là logique de considérer que les États membres sont enclins à respecter la règle qu'ils ont eux-mêmes posée. Leur motivation n'était peut-être pas à l'origine aussi transparente au regard des craintes hégémoniques ambiantes. Le résultat est toutefois particulièrement efficace : en intervenant seuls, mais ensemble et obligatoirement⁷⁶⁸ dans la nomination des membres de la juridiction communautaire, les États membres participent à une diffusion du pouvoir, induite de l'effet multilatéral des traités communautaires⁷⁶⁹. Le juge est ainsi matériellement protégé des pressions éventuelles d'un seul État ; en tout cas, de telles pressions ne pourraient avoir qu'un impact limité⁷⁷⁰. Chaque État s'interdit aussi par là « toute critique directe, sinon voilée »⁷⁷¹ de ces personnes qu'il a lui-même investies. L'institution devait en tirer sa force et les juges pris individuellement leur indépendance. D'ailleurs, comme le relevait

⁷⁶³ Pour le témoignage d'une personne directement concernée, se référer à J.-P. PUISOCHET, *ibid.*

⁷⁶⁴ Lors de nos visites et stages, nous avons en effet pu rencontrer plusieurs juges. Voir *supra*, §§ 50-53.

⁷⁶⁵ Article 35 du *Statut de la Cour de justice*, *op. cit.*

⁷⁶⁶ Resp., articles 10 et 13 du *Statut de la Cour de justice*, *op. cit.*

⁷⁶⁷ Voir *supra*, § 379.

⁷⁶⁸ Selon l'article 167 CEE, devenu 223 TCE, les juges sont en effet nommés « d'un commun accord par les gouvernements des États membres ». J.-P. COLIN en déduit que les États ne peuvent se réfugier ni dans l'abstention, ni dans l'opposition. Voir J.-P. COLIN, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 42.

⁷⁶⁹ À propos de l'importance du caractère multilatéral des traités, voir L. CONSTANTINESCO, « La spécificité du droit communautaire », *RTDE*, 1966, pp. 1-30, p. 14.

⁷⁷⁰ Pour une opinion qui pourrait induire une certaine réserve envers nos considérations, voir C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, Juris-Classer, 2004, 494 p., § 591, p. 373 : « En pratique le candidat présenté par un État est agréé par les autres États ».

⁷⁷¹ J.-P. COLIN, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 42.

André BZDERA en 1992, « il semble à l'heure actuelle que la plupart des États membres nomment leurs juges sans vérifier leurs croyances politiques »⁷⁷². Les critiques plus récentes formulées au travers d'une question d'un député adressée au Conseil, à propos de la nomination d'un juge en particulier, ne remettent pas en cause ce constat⁷⁷³.

390. Au regard de toutes ces considérations, le secret des délibérations constitue un palliatif notable pour la sauvegarde de l'indépendance des juges communautaires. Il présente cependant une limite majeure en ce qu'il ne protège pas les avocats généraux. Ces derniers, parce qu'institués de manière à permettre une discussion utile à la diffusion d'un nouveau droit⁷⁷⁴, tout en préservant les juges par le secret des délibérés, font connaître leur avis par une « opinion » motivée. Il devient dès lors concevable que l'indépendance de l'avocat général soit mise à mal par la connaissance de ses opinions, spécialement au moment du renouvellement de son mandat⁷⁷⁵. Il apparaît toutefois que l'influence d'un avocat général demeure limitée, car il ne peut imposer sa position aux juges surtout qu'il ne participe aucunement au délibéré⁷⁷⁶. Un État n'aurait ainsi qu'un intérêt fort limité à influencer sur un avocat général tout en prenant le risque, en étant découvert, d'une critique politique majeure.

391. L'adoption du secret des délibérés devait finalement se révéler être un choix particulièrement judicieux : il protège l'indépendance des juges de la juridiction communautaire, en palliant matériellement les inconvénients du renouvellement potentiel

⁷⁷² A. BZDERA, « L'enjeu politique de la réforme institutionnelle de la Cour de justice de la Communauté européenne », *RMC*, 1992, pp. 240-249, p. 246. La mesure de l'auteur ne doit cependant pas être détournée : elle résulte d'une prudence scientifique face à l'absence d'une quelconque crise révélée, et à la difficulté inhérente à toute identification de cas où une demande de renouvellement n'aurait pas été suivie d'effet. Voir à propos de la difficulté « d'identifier les cas dans lesquels des renouvellements souhaités n'ont pas été accordés par les autorités nationales et les raisons de ces refus », J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., 2002, 1098 p., p. 394.

⁷⁷³ Voir la Question écrite P-2529/95 posée par J. VANDEMEULEBROUCKE (ARE) au Conseil le 13 septembre 1995 (96/C 56/43) et sa réponse du 20 décembre 1995, *JOCE*, C 56/24, du 26 février 1996. Le député J. VANDEMEULEBROUCKE s'interroge sur l'indépendance de Monsieur WATHELET nommé juge, selon lui, trop rapidement. Il demande en effet essentiellement au Conseil si « une personne qui a été ministre pendant près de quinze ans sans interruption [peut], du jour au lendemain, sans la moindre "période d'épouillage", disposer de suffisamment d'indépendance vis-à-vis du gouvernement national dont elle faisait partie ». La réponse du Conseil est finalement excessivement courte puisqu'il se retranche derrière son incompétence pour se substituer à l'appréciation de la Conférence des représentants du Gouvernement. Les doutes semblent alors demeurer. Pourtant, une telle réponse nous apparaît également positive : elle témoigne du profond respect des institutions vis-à-vis des juges communautaires, surtout pour le Conseil, d'émanation plus directement nationale.

⁷⁷⁴ Voir à ce sujet M. LAGRANGE, « La cour de justice des communautés européennes : du plan Schuman à l'union européenne », *op. cit.*, p. 6.

⁷⁷⁵ Pour une opinion globalement contraire, car estimant que l'avocat général communautaire hérite de l'indépendance de son modèle (le commissaire du gouvernement français), voir K. BORGSMIDT, « *The Advocate General at the European Court of Justice : A Comparative Study* », *EL Rev.*, 1988, pp. 106-119.

⁷⁷⁶ Voir par ex. J.-L. SAURON, *Droit et pratique du contentieux communautaire*, La documentation française, coll. « réflexes Europe », Paris, 3^{ème} éd., 2004, 189 p., p. 135. Cet élément protège d'ailleurs la procédure communautaire de la violation des droits de la défense pour rupture de l'égalité des armes condamnée par une jurisprudence constante de la CEDH. Voir à ce sujet F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, § 213, 2^o, b), pp. 355-357. Voir *infra*, § 713.

de leur mandat. Dans le contexte singulier de la Cour de justice, il devient alors possible d'envisager ce renouvellement différemment et spécialement sous un angle positif.

2. Un renouvellement du mandat potentiellement salutaire

392. À partir du moment où les effets négatifs du renouvellement du mandat des juges sont globalement neutralisés, il s'avère utile de comprendre les implications de ce possible renouvellement pour un système qui fonctionne globalement bien. Autrement dit, les effets positifs d'un tel renouvellement ne sont envisageables que sous la réserve fondamentale que l'indépendance des juges, par le secret des délibérés, perdure.

393. De manière assez évidente, et au-delà de l'avantage que présente la continuité des acteurs pour un nouveau système, l'idée de renouvellement induit qu'une fonction ou un titre n'est pas acquis. Elle génère alors naturellement la conscience de la nécessité de continuer à correctement exercer sa mission. Elle oblige aussi furtivement à la remise en question et engendre un certain sentiment de responsabilité : le juge est susceptible de se sentir responsable de la qualité de son travail – au-delà de son contenu – devant les États membres.

394. Alors que la récurrence du débat sur la nécessaire responsabilité des juges⁷⁷⁷ trouve son paroxysme en France avec l'affaire dite *d'Outreau*⁷⁷⁸, l'instauration d'une forme de responsabilité du juge communautaire devant les États membres représente certainement un point positif. Certes, il existe déjà une procédure de mise en cause du juge communautaire par ses pairs. L'article 6 du *Statut de la Cour de justice* prévoit en effet que l'inamovibilité peut être levée par « jugement unanime des juges et des avocats généraux de la Cour », si le juge concerné a « cessé de répondre aux conditions requises ou de satisfaire aux obligations découlant de [sa] charge ». Cette procédure présente néanmoins le désavantage d'être susceptible de promouvoir un

⁷⁷⁷ De nombreux auteurs postulent en effet que le juge, parce qu'il dispose d'importants pouvoirs, doit être responsable. La gageure tient cependant en la difficulté d'instaurer une procédure de mise en jeu de la responsabilité du juge qui ne soit pas attentatoire à son indépendance. Voir not. J. Van COMPERNOLLE, « Conclusion. Le rôle du juge dans la cité : vers un gouvernement des juges ? » in M.-A. FRISON-ROCHE et C. MATRAY (sous la présidence de), *Le rôle du juge dans la cité*, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2002, 186 p., pp. 151-176, spéc. pp. 174-175 ; ou encore G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, « Débats à propos du thème : Le juge face à lui-même » in R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence*, op. cit., pp. 346-379, spéc. pp. 363-364 et pp. 366-367 ; ou enfin G. DELALOY, *Le pouvoir judiciaire*, op. cit., pp. 50-59, 2^{ème} partie, 2nd chap. « Une responsabilité plus affirmée ». On retrouve également trace de la prise en compte de la responsabilité des juges judiciaires par « la prise à partie en cas de dol, concussion ou autre faute grave » in R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., tome I, § 258, p. 770, et à propos des juges de l'ordre administratif, § 260, pp. 777-779.

⁷⁷⁸ Voir par ex. P. CONTE, « Les galeux de la République. À propos de "l'affaire d'Outreau" », *JCP G*, 2006, n° 1-2, Doctrine n° 101, pp. 19-21 ; O. DUFOUR, « Responsabilité des juges : ne réformons pas pour réformer », *LPA*, 18 janvier 2006, n°13, pp. 3-5 ; ou encore X. NORMAND-BODARD, « Outreau : et après ? », *Gazette du Palais*, dimanche 12 au mardi 14 février 2006, p. 2. Se référer également à G. KERBOAL, *La responsabilité des magistrats*, Paris, PUF, collec. Droit et justice, 2006, 64 p.

certain corporatisme qui, s'il n'est pas étranger aux systèmes nationaux⁷⁷⁹, constitue une pierre d'achoppement d'autant plus lourde que le contexte communautaire ouvre quelque chose de nouveau.

395. Sans pour autant accuser les juges communautaires de corporatisme par l'invocation insidieuse que la procédure dont il est question n'a jamais été mise en oeuvre⁷⁸⁰, nous pouvons simplement constater qu'il était légitime pour les États membres de s'inquiéter du devenir de ce nouveau pouvoir. Notamment, parce que « Les juges, les avocats généraux et le greffier sont tenus de résider au siège de la Cour »⁷⁸¹, et que la ville de Luxembourg n'est pas d'une ampleur à épuiser les éphémérides, il était aisément envisageable que les membres de la Cour noueraient des contacts extra-professionnels importants⁷⁸². Dès lors, cette situation aurait pu, ou pourrait, constituer un terrain favorable au développement d'un sentiment corporatif. Or, les États fondateurs n'avaient certainement pas envie que le pouvoir, qu'ils avaient voulu fort, puisse totalement leur échapper. Par le renouvellement du mandat des juges, ils entendaient vraisemblablement conserver un certain contrôle, non pas du contenu des décisions pour les raisons déjà développées⁷⁸³, mais de la soumission des juges à l'ordre juridique dont ils procèdent et, par là, à la « puissance constitutive ». Le professeur COLIN concluait ainsi que :

« le mode de nomination des juges et le caractère provisoire de leurs fonctions [constitue] pour les États, une garantie capitale. Si, par sa jurisprudence, la Cour paralysait la politique communautaire, elle n'aurait entre ses mains qu'une arme bien fragile et son "gouvernement" se révélerait bien éphémère... »⁷⁸⁴

Le renouvellement du mandat prit alors, et à notre sens, des allures de procédure de mise en jeu de la responsabilité des juges communautaires à la fois complémentaire et implicite : complémentaire en ce qu'elle est susceptible d'empêcher les inconvénients de la levée d'inamovibilité du juge par ses pairs, et implicite par le fait qu'elle ne joue pas ce rôle complémentaire de manière avérée. Est ainsi trouvée une solution équilibrante entre les divers impératifs qu'impliquent une fonction et sa nécessaire limite dans un contexte de séparation des pouvoirs.

396. S'il ne nous semble pas possible de transposer cette solution dans l'environnement national qui n'emporte aucune diffusion du pouvoir politique, si

⁷⁷⁹ Voir sur ce point G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, « Débats à propos du thème : Le juge face à lui-même » in R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence*, op. cit., pp. 346-379, spéc. pp. 363-365.

⁷⁸⁰ Sur la confirmation que la procédure de levée d'inamovibilité n'a jamais été mise en œuvre, voir G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *ibid.*, p. 365.

⁷⁸¹ Article 14 du *Statut de la Cour de justice*, op. cit.

⁷⁸² À propos de la proximité des juges qui ouvraient, par des débats multipliés, des perspectives de « fonds commun » utiles à la résolution des affaires, voir M. LAGRANGE, « La cour de justice des communautés européennes : du plan Schuman à l'union européenne », op. cit., p. 7.

⁷⁸³ Voir *supra*, § 368.

⁷⁸⁴ J.-P. COLIN, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, op. cit., conclusion générale, pp. 511-513, spéc. p. 513.

déterminante pour le droit communautaire⁷⁸⁵, nous pouvons remarquer que les États membres s'empêchent la critique d'une jurisprudence non seulement à propos de ses auteurs – puisqu'ils les ont nommés, comme expliqué précédemment⁷⁸⁶ – mais aussi, et peut-être surtout, à propos de ses implications puisqu'ils se sont implicitement portés garants des juges, et qu'ils sont susceptibles de leur faire passer une sorte de test de responsabilité. S'explique certainement ainsi le silence ou du moins, l'absence de perpétuation doctrinale du souvenir des critiques émanant des pouvoirs exécutifs et législatifs nationaux, face aux prises de position audacieuses de la CJCE au début de la construction communautaire⁷⁸⁷. Déjà, et au contraire des juges nationaux, ces pouvoirs exécutifs et législatifs nationaux avaient pris part à la révolution juridique communautaire en cours⁷⁸⁸. Ils étaient également susceptibles de ne pas dénoncer des juges nommés par eux et responsables devant eux pour la reconnaissance de PGDC novateurs par exemple. En tout cas, leurs critiques devaient prendre une forme institutionnelle, donc discrète, et les juges communautaires trouvaient une pleine légitimité institutionnelle à développer le droit communautaire.

397. Finalement, le renouvellement du mandat des juges présente des implications positives, souvent négligées du fait de son apparente dangerosité pour l'indépendance des juges. Ce constat ne doit toutefois pas s'affranchir de son cadre : il n'est possible qu'en considération du respect de l'indépendance des juges par, ici, le secret des délibérés. Ce dernier préserve la personne de toutes représailles idéologiques et économiques, en interdisant la connaissance des prises de position individuelles. Cette protection engage par là même l'ensemble des juges sur une jurisprudence. Autrement dit, ils ne peuvent qu'être globalement considérés à propos du contenu de leur décision. Dès lors, ils méritent également une protection globale : il ne doit pas être porté atteinte à l'autonomie de l'institution juridictionnelle.

⁷⁸⁵ Voir *supra*, § 389.

⁷⁸⁶ Voir *supra*, § 389.

⁷⁸⁷ La doctrine ne relaie en effet généralement que les critiques des juges nationaux, notamment constitutionnels allemands et italiens. Pour une attitude tendant à relayer au contraire la globalité des débats nationaux, voir J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, *op. cit.*, pp. 911-1076.

Certains auteurs évoquent également l'existence de « réactions négatives parmi les dirigeants politiques de plusieurs États membres », mais les considèrent comme n'étant que des « difficultés passagères » car non généralisées. Voir not. C.N. KAKOURIS, « La Cour de Justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle : Trois observations », *op. cit.*, § 46, pp. 638-639, spéc. note n° 21 : « Par exemple, l'arrêt du 17 mai 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889) a provoqué des réactions en Angleterre à cause de la somme importance des dépenses nécessaires pour s'y conformer. L'arrêt du 3 juin 1992, Paletta (C-45/90, Rec. p. I-3423) a également entraîné des réactions, notamment en Allemagne, à cause des conséquences financières qu'impliquait l'interprétation de la Cour pour les caisses d'assurances allemandes ».

⁷⁸⁸ Voir *supra*, § 97.

B. L'autonomie sous-évaluée de l'institution

398. Puisque les juges de l'Union et de la Communauté européennes de droit sont individuellement protégés par le secret des délibérés, il convient de vérifier que leur ensemble n'est pas soumis aux velléités nationales. Il s'agit ainsi de s'intéresser à l'autonomie de l'institution non seulement par rapport à la nécessaire indépendance de la juridiction vis-à-vis des autres acteurs de la construction communautaire, mais aussi en considération du fait que cette autonomie institutionnelle participe à l'indépendance individuelle des juges⁷⁸⁹.

399. L'autonomie d'une juridiction se décline en fait sous trois formes : les autonomies réglementaire, administrative et financière. Si cette triade est présentée comme déterminante pour une juridiction chargée d'une mission constitutionnelle⁷⁹⁰, elle n'en demeure pas moins essentielle pour une juridiction à caractère ordinaire⁷⁹¹. La juridiction communautaire, à la fois « constitutionnelle » et ordinaire, doit donc répondre aux conditions induites de cette triple autonomie.

400. En réalité, les autonomies administrative et financière doivent être distinguées de l'autonomie réglementaire, en ce qu'elles ne posent aucune difficulté majeure à propos de la juridiction communautaire. En effet, cette dernière jouit, en premier lieu, d'une indépendance administrative manifeste. D'abord, elle dispose de locaux spécifiques, en outre dans une ville différente du siège principal des autres institutions. Ensuite, elle est dotée d'un ensemble d'organisations, telles que les services de presse, de comptabilité, de restauration ou encore d'une bibliothèque particulièrement riche, qui lui permettent de fonctionner sans avoir besoin des autres institutions. Enfin, elle gère un ensemble d'agents qui lui sont propres et qui garantissent un fonctionnement matériel quotidien quasi-autonome. Notamment, les juges et avocats généraux bénéficient de l'assistance de trois référendaires chacun, ainsi que d'un important vivier de stagiaires⁷⁹².

En second lieu, la juridiction communautaire est indépendante financièrement, dans la mesure où elle établit elle-même son état prévisionnel de dépenses et de recettes⁷⁹³. En l'état actuel du droit⁷⁹⁴, la Commission, ou plus précisément le service de la

⁷⁸⁹ À ce propos, voir A. BARAK, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *RFDC*, 2006, pp. 227-302, pp. 248-249.

⁷⁹⁰ Pour une distinction explicite des trois formes d'autonomie de la juridiction constitutionnelle, voir L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, op. cit., §§ 308-311, pp. 234-235.

⁷⁹¹ Pour une présentation de l'autogestion du Conseil d'État français dont les éléments correspondent aux trois formes d'autonomies envisagées, voir O. GOHIN, *Contentieux administratif*, Paris, Litec, 3^{ème} éd., 2002, 479 p., § 78, p. 86.

⁷⁹² La Cour prête une attention particulière à l'accueil de stagiaires, vraisemblablement dans un esprit de diffusion du droit communautaire. Elle reçoit ainsi chaque année un certain nombre d'étudiants des grandes écoles nationales, telles que l'École Nationale de la Magistrature pour la France. Elle encourage également les candidatures spontanées par le financement de quelques stages, ou plus simplement par l'aménagement de conditions de travail particulièrement appréciables (bureau, ordinateur, accès libre à la bibliothèque...).

⁷⁹³ Voir l'article 272-2, TCE, confirmé à ce sujet par l'article 31, alinéa 1^{er}, du Règlement (CE, EURATOM) n° 1605/2002 du Conseil, du 25 juin 2002, *portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes*, JOUE, L 248 du 16 septembre 2002. Pour une analyse, on pourra

Programmation financière et du budget, rattaché à la Direction du budget, dispose de la capacité certes de critiquer cet état prévisionnel lors de l'établissement de l'avant-projet de budget, mais non de le modifier. De plus, si le Conseil entend s'écarter de cet avant-projet de budget dans l'élaboration du projet de budget, il doit consulter les institutions concernées⁷⁹⁵. Évidemment, la Cour de justice demeure soumise à l'appréciation de l'Autorité budgétaire, c'est-à-dire le Conseil et le Parlement, pour le vote final du budget. Pour autant, il n'apparaît pas que les états prévisionnels de la Cour de justice ne soient pas globalement respectés, excepté les attentes spécifiques mais finalement non originales d'augmentation générale du budget⁷⁹⁶. Par ailleurs, si la Commission constitue l'autorité principale d'exécution du budget communautaire, la Cour de justice, à l'instar de toute institution, exerce « les pouvoirs nécessaires à l'exécution » de la section du budget qui la concerne⁷⁹⁷. En définitive, hormis la limitation du budget général de l'Union se répercutant sur le niveau nécessairement stable du budget de la Cour de justice, il peut être affirmé que la juridiction communautaire jouit d'une autonomie patente en matière budgétaire et financière, en sus de son indépendance administrative.

401. L'appréciation de l'autonomie réglementaire de la Cour de justice témoigne, quant à elle, d'une certaine ambivalence, car la Cour dépend du Conseil pour l'adoption et la modification aussi bien de son Statut, que de son Règlement de procédure. Autrement dit, elle ne maîtrise pas directement les outils nécessaires à son fonctionnement interne.

se référer au commentaire de l'article 203 CEE réalisé par J.-P. JACQUÉ in V. CONSTANTINESCO, par J.-P. JACQUÉ, R. KOVAR et D. SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, 1648 p., pp. 1237-1255, pt 13, spéc. p. 1247.

⁷⁹⁴ Il faut en effet souligner que le traité établissant une Constitution pour l'Europe prévoit, en son article III-310, 1, alinéa 3, que la Commission dispose de la capacité de « modifier le projet de budget » et donc, par ricochet, les états prévisionnels qui le composent. Voir à ce sujet M.-C. STECKEL-MONTES, *L'essentiel des finances publiques communautaires*, Paris, Gualino éd., 2005, 118 p., p. 78.

⁷⁹⁵ Voir l'article 272-3, alinéa 2, TCE.

⁷⁹⁶ Voir not. l'appréciation indirecte de J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, op. cit., p. 393 : « La Cour bénéficie aussi d'une certaine autonomie dans sa gestion budgétaire ». La difficulté essentielle réside cependant dans la limitation du budget global de l'Union européenne par l'interdiction du déficit de l'article 268, dernier alinéa, TCE, en raison de la volonté des États membres de ne pas grever leur propre budget national. – Le budget de l'Union européenne ne peut donc qu'être voté en équilibre. – En résulte des appels réguliers de la Cour de justice, tendant spécialement à renforcer le personnel du service de la traduction. Voir à ce sujet le *Document de réflexion sur l'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, transmis au Conseil le 10 mai 1999, disponible sur Internet : <<http://curia.eu.int/fr/instit/txtdocfr/autrestxts/ave.pdf>>, pp. 12-13, résumé par G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS in « L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne », *CDE*, 1999, pp. 275-281, spéc. pp. 278-279. La demande a d'ailleurs été réitérée dans un document rédigé en avril 2000, soit peu de temps après la *Contribution de la Cour de justice et du Tribunal de première instance à la conférence intergouvernementale* de mars 2000, par G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS : « La Cour de justice et la réforme institutionnelle de l'Union européenne », disponible sur Internet : <<http://curia.eu.int/fr/instit/txtdocfr/autrestxts/rod.pdf>>, 4 p., p. 3. Pour une synthèse de ce problème de manque de moyens de la Cour de justice, voir not. E. COULON, « L'indispensable réforme du Tribunal de première instance des Communautés européennes », *RAE*, 2000, n° 1-2, pp. 254-266, p. 254.

⁷⁹⁷ Voir l'article 274, alinéas 1 et 2, TCE et spéc. l'article 50 du *Règlement financier*, op. cit. Voir également à ce sujet G. ORSONI, *Science et législation financières, Budgets publics et lois de finances*, Paris, Economica, 2005, 753 p., § 850, p. 698.

D'une part, son Statut qui pose les bases de son organisation, de sa procédure et tire les conséquences pratiques de sa structuration en différentes émanations – cour, tribunal et chambres juridictionnelles spécialisées – par l'article 220 TCE, relève de la compétence finale soit des États membres, soit principalement du Conseil statuant à l'unanimité⁷⁹⁸. Le rôle initiateur que peut jouer la Cour de justice ne permet donc pas de lui attribuer le contrôle de son *Statut*.

Il en est également de même en ce qui concerne, d'autre part, son Règlement de procédure. Certes, les modalités à suivre pour sa modification ont été allégées par le traité de Nice, en concordance d'ailleurs avec les souhaits de la Cour de justice⁷⁹⁹. La finalisation d'une telle modification demeure toutefois sous l'emprise du Conseil : le Règlement de procédure établi par la Cour est soumis à l'approbation du Conseil non plus à l'unanimité, mais à la majorité qualifiée⁸⁰⁰. Si les liens de la Cour ont ainsi été relâchés, demeure la question de savoir s'ils le sont suffisamment pour permettre à celle-ci de bénéficier d'une indépendance suffisante.

402. À vrai dire, que différents textes viennent borner l'activité d'une juridiction ne constitue pas, en soi, une atteinte à son autonomie. Les juges nationaux ordinaires ou constitutionnels sont ainsi légitimement soumis à plusieurs textes, que ce soit sous forme de dispositions constitutionnelles, de lois organiques ou de codes de procédure regroupant des normes législatives et réglementaires⁸⁰¹. Le plus important demeure alors dans la possibilité offerte à la juridiction de « définir [elle-même] un minimum de règles de fonctionnement et de procédure »⁸⁰². Ainsi le fait que la Cour de

⁷⁹⁸ Article 245 TCE déjà envisagé, voir *supra*, § 379.

⁷⁹⁹ En fait, on pourrait considérer que la Cour aurait préféré acquérir une totale autonomie en considération des propos de G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS in « L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 279 : « La Cour souhaite pouvoir adopter et modifier ses règles de procédure en toute autonomie, à l'instar de ce que font certaines juridictions nationales et internationales, parmi lesquelles on trouve la Cour européenne des droits de l'homme ». Le *Document de réflexion sur l'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, présente toutefois, en sa page 22, une position plus ouverte en envisageant une alternative qui sera finalement retenue : « Pour ces raisons, la Cour et le Tribunal souhaiteraient une modification de l'article 245 CE, [...] afin qu'ils soient habilités à adopter leur propre règlement de procédure ou, à tout le moins, afin que celui-ci ne soit soumis qu'à l'approbation du Conseil à la majorité qualifiée ». Pour un commentaire doctrinal sur cette question, voir par ex. D. RUIZ-JARABO, « La réforme de la Cour de justice opérée par le traité de Nice et sa mise en œuvre future », *op. cit.*, p. 710.

⁸⁰⁰ Voir le dernier alinéa de l'article 223 TCE se substituant au dernier alinéa de l'article 245 TCE.

⁸⁰¹ Pour ne prendre l'exemple que de la France : le Conseil constitutionnel est soumis, outre à la Constitution, à l'ordonnance organique n° 58-1067 du 7 novembre 1958, *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*, *JORF*, 9 novembre 1958, p. 10129. Par ailleurs et au-delà des dispositions constitutionnelles, les juges judiciaires sont soumis aux différentes lois organiques adoptées en la matière, telle que la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 *relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*, *JORF*, n° 146, 26 juin 2001, p. 10119, ainsi qu'au code de l'organisation judiciaire et selon leur domaine, aux codes de procédure civile ou de procédure pénale. Les juges administratifs répondent au code de justice administrative ou au code des juridictions financières.

⁸⁰² L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, § 309, p. 234.

justice ne maîtrise pas son Statut semble-t-il tout à fait cohérent, surtout dans la mesure où tout pouvoir mérite d'être limité pour en éviter les abus⁸⁰³.

La nécessaire acceptation du Règlement de procédure par la majorité qualifiée du Conseil interpelle toutefois. En tant que juge chargé d'une mission « constitutive », il pourrait être attendu qu'il dispose seul de son règlement de procédure. Pour autant, la Cour de justice constitue également un juge ordinaire dont il semble normal que les règles de procédure lui échappent. La dualité des caractères de la juridiction communautaire, déjà évoquée⁸⁰⁴, trouve ici une implication manifeste : son autonomie ne peut résulter que d'un certain compromis entre les niveaux d'indépendance possibles. Cette relativité emporte toutefois une difficulté d'appréciation pour le chercheur. Nous nous en remettons simplement aux considérations de la principale intéressée : puisque la juridiction communautaire proposait elle-même que l'approbation du Conseil s'exprime à la majorité qualifiée⁸⁰⁵, à défaut d'une totale indépendance en la matière, nous pouvons en déduire qu'elle estime bénéficier par là d'une autonomie suffisante face à un contrôle aux allures de plus en plus résiduelles. En tout cas, l'approbation du Conseil ne lui semble pas nuisible.

403. Ce contrôle devient même quelque peu positif, dans la mesure où il engage les États, *via* le Conseil, à accepter le processus juridictionnel. Puisqu'ils en ont une certaine maîtrise, il leur devient difficile de critiquer le résultat de ce processus. Ainsi les États s'empêchent-ils de contester la production juridictionnelle, aussi audacieuse soit-elle, d'un juge dont ils sont déjà responsables⁸⁰⁶, et qui agit selon une procédure dont ils sont également responsables. Cette situation a certainement participé à l'acceptation, au moins implicite, par les États membres de la reconnaissance des premiers PGDC et des droits fondamentaux qui en relèvent. Elle permet donc d'approcher les raisons qui ont permis aux juges de la Cour de justice de développer le droit communautaire et d'en dégager toute son originalité, ferment de l'Union et de la Communauté européennes de droit.

404. La juridiction communautaire peut en somme être qualifiée d'autonome, renforçant par ricochet l'indépendance des juges. Les points critiqués se révèlent en effet porteurs d'effets positifs dans le contexte particulier de la construction communautaire. En tout cas, ils sont trop souvent dévalorisés et leur méprise éloigne du chemin de la compréhension de la légitimité des juges à reconnaître les PGDC.

405. L'indépendance des juges et l'autonomie de la juridiction les engagent ainsi vers une légitimité statutaire appréciable qui serait suffisante si la juridiction

⁸⁰³ À propos de la nécessité de garanties internes et externes pour poser des limites à l'exercice des pouvoirs, voir M. TROPER, « 1789 : l'invention de la Constitution » in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 622 p., pp. 177-190, pp. 179-180.

⁸⁰⁴ Voir *supra*, §§ 373-374.

⁸⁰⁵ Voir spéc. le *Document de réflexion sur l'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 22 : « Pour ces raisons, la Cour et le Tribunal souhaiteraient une modification de l'article 245 CE, [...] afin qu'ils soient habilités à adopter leur propre règlement de procédure ou, à tout le moins, afin que celui-ci ne soit soumis qu'à l'approbation du Conseil à la majorité qualifiée ».

⁸⁰⁶ Voir *supra*, A. L'indépendance sous-estimée des juges, spéc. § 396.

communautaire ne devait être envisagée que sous l'angle de juge ordinaire⁸⁰⁷. Or, elle constitue également un juge investi d'une mission « constitutive ». À ce titre, elle doit disposer d'une capacité à s'exprimer au nom de tous, autrement dit d'une certaine légitimité démocratique. Cette responsabilité est, à l'endroit de la Cour de justice, largement décriée puisque ce juge n'est pas élu, et que le droit communautaire n'est pas fondé sur un peuple alors qu'il touche aux normes nationales d'émanation démocratique⁸⁰⁸. Pour autant, la négligence des spécificités de l'ordre juridique communautaire induit une mécompréhension. Au contraire, leur étude révèle l'existence d'une responsabilité démocratique de la juridiction communautaire particulièrement intéressante.

§2. Une responsabilité démocratique méprisée

406. Puisque l'ordre juridique communautaire n'est pas indépendant mais autonome⁸⁰⁹, il est logique de poser que la légitimité du juge de la Cour de justice peut être envisagée différemment selon que le contexte est purement communautaire ou largement considéré dans ses rapports avec les ordres nationaux de concrétisation. Ainsi est-il nécessaire d'envisager la responsabilité démocratique du juge communautaire diversement selon qu'est en cause le contrôle de validité des normes purement communautaires, ou le contrôle de compatibilité des normes nationales d'application du droit communautaire. La légitimité démocratique de la juridiction communautaire est donc susceptible de varier suivant la sphère dans laquelle elle intervient : soit la sphère de *communautarité* endogène (A), soit la sphère de *communautarité* surjective (B), telles que nous les avons précédemment définies⁸¹⁰.

A. Le juge légitime au sein de la sphère de communautarité endogène

407. Dans cette première hypothèse, des considérations relatives au droit international public prédominent : une organisation internationale n'a vocation à engendrer ni pouvoir législatif ou constitutionnel, ni démocratie. La légitimité du juge communautaire ne peut alors pas résulter d'un processus démocratique classiquement considéré, sauf à estimer que la démocratie consiste simplement « dans la participation des destinataires des règles à leur production »⁸¹¹, ici les États membres.

⁸⁰⁷ Voir par ex. P. PESCATORE, « La légitimité du juge en régime démocratique », *op. cit.*, p. 342, qui, à propos de la légitimité du juge ordinaire, considère que « La légitimité du juge [...] n'est pas électorale, comme celle du législateur, mais fonctionnelle. Elle résulte de l'indépendance du juge, combinée avec sa soumission au droit ».

⁸⁰⁸ Voir *supra*, § 377.

⁸⁰⁹ Voir *supra*, § 147.

⁸¹⁰ Voir *supra*, §§ 118 et s.

⁸¹¹ O. PFERSMANN, « Intervention » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, *op. cit.*, p. 322.

408. La construction communautaire a toutefois engendré quelque chose qui dépasse la simple organisation internationale. Se dégage un ordre juridique propre au sein duquel il est nécessaire d'organiser une séparation des pouvoirs pour en éviter la dangerosité des abus. Si l'on ne peut retrouver une séparation de type étatique, nous devons toutefois y repérer les éléments qui témoignent d'un équilibre entre les différentes émanations de puissance⁸¹².

Sans rentrer dans les subtilités de ce débat beaucoup plus général, nous pouvons simplement retenir que cette logique induit un certain équilibre entre la nature des normes contrôlées et la nature du contrôle opéré. Ainsi considère-t-on classiquement que la loi, expression de la volonté générale du peuple ou de la Nation, doit faire l'objet d'un contrôle de nature démocratique. La critique dénonçant l'absence de légitimité démocratique du contrôle de la juridiction communautaire⁸¹³ devrait donc se fonder sur un déséquilibre entre la place du peuple lors de l'élaboration de la norme communautaire – ici purement considérée –, et sa place lors du contrôle de cette même norme. Or, de telles réflexions, parce que négligeant vraisemblablement l'existence des sphères de *communautarité*, n'envisagent que le second élément et se désintéressent du premier.

409. Le droit communautaire ne comporte cependant pas – ou du moins, pas encore – de normes comparables à la loi, en tant qu'acte voté par un Parlement. Certes, le Parlement européen existe et acquiert régulièrement des pouvoirs de plus en plus importants. Toutefois, il n'est toujours pas le seul maître de la procédure budgétaire⁸¹⁴, pourtant symbole si éclatant de la construction du pouvoir des parlements nationaux au travers de la recherche du consentement à l'impôt⁸¹⁵. De plus, il n'existe aucune norme juridiquement contraignante que le Parlement peut élaborer seul. Aussi l'absence de légitimité démocratique des actes communautaires purement considérés s'équilibre-t-elle avec celle de leur contrôle.

⁸¹² À propos d'une approche fonctionnelle, voir K. LENAERTS, « *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community* », *CML Rev.*, 1991, pp. 11-35.

⁸¹³ Pour une dénonciation de cette critique, donc ici relayée, voir C.N. KAKOURIS, « La Cour de Justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle : Trois observations », *op. cit.*, § 40-41, pp. 637-638.

⁸¹⁴ Dans son appréciation du projet de budget du Conseil, le Parlement ne peut en effet modifier à la majorité simple que certaines dépenses qualifiées de « dépenses non obligatoires » (DNO), mais doit mobiliser une majorité absolue pour les « dépenses obligatoires » (DO). En outre, le Parlement dispose du dernier mot pour les DNO, mais doit s'incliner pour les DO en cas de désaccord avec le Conseil. Certes, le Parlement peut refuser le budget à une majorité particulièrement renforcée (majorité des membres qui la composent et deux tiers des suffrages exprimés), obligeant le Conseil à revoir le projet de budget. Pour autant, l'importance de ce dernier dans l'élaboration du budget est si patente que les explications de la Direction du budget de la Commission évoque « l'autorité budgétaire » pour désigner à la fois, le Parlement et le Conseil. Pour des explications concernant ce processus budgétaire, voir G. ORSONI, *Science et législation financières*, *op. cit.*, § 848, pp. 695-698 ; ou encore D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, §§ 217-218, pp. 280-282. À propos de cette « absurde distinction entre "dépenses obligatoires" et "dépenses non obligatoires" » qui devait heureusement disparaître avec le traité établissant une Constitution pour l'Europe, en ses articles I-55 et III-402, voir J. ZILLER, « La Constitution pour l'Europe, parlons-en ! », *RMCUE*, 2006, pp. 145-150, p. 146.

⁸¹⁵ Voir à ce sujet G. ORSONI, *Science et législation financières*, *op. cit.*, §§ 17-18, pp. 21-22, et § 113, pp. 123-124. Pour une approche plus spécifique, voir par ex. A. PUIER, *La recherche du consentement dans le contrôle fiscal : des principes fondamentaux au pragmatisme de l'administration fiscale*, thèse, sous la direction de Christian LOUIT, Aix-Marseille III, 1992, 308 p.

410. On pourrait toutefois nous objecter que la montée en puissance du Parlement devrait s'accompagner d'un ajustement corrélatif de la légitimité démocratique du juge. Nous ferions néanmoins remarquer que, comme le souligne le professeur GAUDIN, la modalité actuelle de nomination, faisant appel aux gouvernements des États membres combinant « une triple légitimité, celle internationale de l'État, celle démocratique de leur mode de désignation nationale, et enfin celle de la Communauté, puisque le choix est opéré "d'un commun accord" »⁸¹⁶, emporte une légitimité démocratique certes indirecte, mais certaine. Il est d'ailleurs intéressant de relever que le traité établissant une Constitution pour l'Europe du 29 octobre 2004, alors qu'il consacre la « loi européenne »⁸¹⁷, prévoit la création d'un comité chargé de donner un avis « sur l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions de juge et d'avocat général de la Cour de justice et du Tribunal avant que les gouvernements des États membres ne procèdent aux nominations »⁸¹⁸. Certes, cet avis ne serait ni obligatoire, ni conforme, mais la « loi européenne » demeure un acte coproduit par le Parlement et le Conseil⁸¹⁹. Ainsi ce traité propose-t-il d'adapter la légitimité des juges à la nouvelle légitimité des actes normatifs susceptibles d'être contrôlés. Cependant, puisque la légitimité démocratique des seconds demeure limitée, celle des premiers n'est pas bouleversée. Enfin, il est possible de considérer que la proposition de cette adéquation témoigne de la conscience de la corrélation expliquée. Sa mesure peut d'ailleurs révéler que l'adéquation existante n'est pas considérée comme déséquilibrée car, à l'inverse, les rédacteurs du traité n'auraient vraisemblablement pas manqué de transformer la légitimité démocratique des juges communautaires.

411. Finalement, dans le cadre de la *communautarité* endogène, il ne peut être soutenu que les juges ne disposent pas d'une légitimité démocratique suffisante, puisqu'ils contrôlent des actes d'émanation démocratique limitée. Dans la mesure où des actes communautaires peuvent exercer une influence notable sur les ordres juridiques

⁸¹⁶ H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *op. cit.*, p. 212.

⁸¹⁷ Article I-33-1, alinéa 2 : « La loi européenne est un acte législatif de portée générale. Elle est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre ».

⁸¹⁸ Article III-357 : « Un comité est institué afin de donner un avis sur l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions de juge et d'avocat général de la Cour de justice et du Tribunal avant que les gouvernements des États membres ne procèdent aux nominations conformément aux articles III-355 et III-356.

Le comité est composé de sept personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice et du Tribunal, des membres des juridictions nationales suprêmes et des juristes possédant des compétences notoires, dont l'un est proposé par le Parlement européen. Le Conseil adopte une décision européenne établissant les règles de fonctionnement de ce comité, ainsi qu'une décision européenne en désignant les membres. Il statue sur initiative du président de la Cour de justice ».

⁸¹⁹ Article I-34 : « 1. Les lois et lois-cadres européennes sont adoptées, sur proposition de la Commission, conjointement par le Parlement européen et le Conseil conformément à la procédure législative ordinaire visée à l'article III-396. Si les deux institutions ne parviennent pas à un accord, l'acte en question n'est pas adopté.

2. Dans les cas spécifiques prévus par la Constitution, les lois et lois-cadres européennes sont adoptées par le Parlement européen avec la participation du Conseil ou par celui-ci avec la participation du Parlement européen, conformément à des procédures législatives spéciales. [...] ».

nationaux, au point de participer à l'inapplicabilité de certaines normes nationales, y compris législatives, il devient toutefois nécessaire de se pencher sur la suffisance de la légitimité démocratique du juge communautaire à exercer un contrôle aux effets surjectifs.

B. Le juge légitime au sein de la sphère de communautarité surjective

412. Dans cette seconde hypothèse, il faudrait rechercher l'existence d'une acceptation additionnelle des acteurs nationaux de plus en plus impliqués. Or, l'ambiguïté ontologique de la construction communautaire ne permet à la démocratisation qu'une influence limitée : si la construction communautaire concerne également les peuples nationaux, elle demeure spécialement fondée sur les États membres⁸²⁰. L'analyse de la procédure juridictionnelle concernant les actes nationaux d'application du droit communautaire ne dit pas autre chose.

413. La Cour de justice n'exerce en effet aucune emprise juridique sur cette catégorie d'actes. Parce que ces derniers sont avant tout formellement considérés, ils sont envisagés comme des actes nationaux sur lesquels la Cour de justice ne dispose d'aucune prérogative⁸²¹. Certes, la pratique du recours préjudiciel en interprétation a pu dévoiler qu'au travers de l'analyse du contenu de l'acte purement communautaire se profilait une réflexion sur la compatibilité de l'acte national avec celui-ci et donc induisait une analyse implicite de l'acte national considéré⁸²². En outre, la Cour a pu s'estimer compétente pour apprécier une disposition nationale, parce que renvoyant explicitement au droit

⁸²⁰ À propos de cette ambivalence, voir J.-C. PIRIS, « L'Union européenne a-t-elle une constitution ? Lui en faut-il une ? », *RTDE*, 1999, pp. 599-635, p. 613.

⁸²¹ Voir par ex. et à ce sujet D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., § 566, p. 688 s'appuyant sur une jurisprudence constante en la matière : CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141, spéc. p. 1158 ; ou encore CJCE, 11 juin 1987, *Pretore di Salò c/ X*, aff. 14/86, *Rec.*, p. 2545, pt 15.

⁸²² La pratique a révélé que nombreux furent les juges nationaux qui posèrent leur question préjudicielle en opposant les normes nationales et communautaires. La Cour de justice aurait ainsi, selon une logique rigoureuse, dû se déclarer incompétente. Cependant, elle « accepte de reformuler la question afin d'en faire une question de pure interprétation de la disposition communautaire en cause », comme le rappelle F. BERROD in *La systématique des voies de droit communautaires*, Dalloz, Paris, 2003, 1136 p., § 129, p. 127. Voir également D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., § 566, p. 688.

Pour une analyse de l'attitude de la CJCE qui prend en compte les faits de l'espèce nationale et les aspect de droit national en cause, voir W. van GERVEN, « *The Role and Structure of the European Judiciary now and in the future* », *EL Rev.*, 1996, pp. 211-223, p. 219 se référant à K. LENAERTS, « *Form and substance of the preliminary rulings procedure* » in *Institutional dynamics of European integration*, *Mélanges en l'honneur de Henry G. Schermers*, II, Pays-Bas, Nijhoff, 1994, 715 p., pp. 355 et s., spéc. p. 358, à propos de l'ordonnance de la CJCE du 7 avril 1995, *Procédure pénale c/ Juan Carlos Grau Gomis et autres*, aff. C-167/94, *Rec.*, p. I-1023, pts 8 et 9 : « 8. Il y a lieu de rappeler que la nécessité de parvenir à une interprétation du droit communautaire qui soit utile pour le juge national exige que celui-ci définisse le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'il pose ou, qu'à tout le moins, il explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées [...] 9. En outre, il est indispensable que le juge national donne un minimum d'explications sur les raisons du choix des dispositions communautaires dont il demande l'interprétation et sur le lien qu'il établit entre ces dispositions et la législation nationale applicable au litige ».

communautaire⁸²³. Cependant, il appert d'une part que la Cour ne se prononce jamais sur la validité de la norme nationale, y compris lorsqu'elle déclare l'invalidité de l'acte communautaire dont cette norme était l'application⁸²⁴. Il ne s'agit, d'autre part, que d'une action interprétative et aucunement d'une appréciation ou d'une détermination de la validité du droit national en cause. La juridiction communautaire demeure ainsi toujours clairement incompétente pour invalider une disposition nationale, même d'application du droit communautaire.

414. Cette incompétence absolue explique d'ailleurs très bien pourquoi le système juridictionnel de l'Union et de la Communauté européennes de droit nécessitait que les juges nationaux soient élevés au rang de juges communautaires de droit commun⁸²⁵ : il était nécessaire de prévoir un contrôle et une sanction des normes nationales d'application du droit communautaire, tout en respectant les souverainetés nationales. Ce compromis justifie d'ailleurs également que la CJCE ne soit pas conçue comme une instance de cassation vis-à-vis des juridictions nationales⁸²⁶. Cette absence de hiérarchie juridictionnelle témoigne en fait de la ténuité du lien qui unit les juges nationaux et la juridiction communautaire : la seconde ne dispose d'aucun moyen juridique direct pour contraindre les premiers puisque, s'ils ne respectent pas la jurisprudence de la Cour de justice, ce sont les États qui deviennent responsables *via* la sanction du manquement⁸²⁷. L'instauration d'une responsabilité directe des juges nationaux induirait un saut qualitatif important ; or, la fédéralisation de la construction communautaire⁸²⁸ n'est pas à l'ordre du jour...

415. En tout cas, le fait que la juridiction communautaire ne dispose pas des actes nationaux relativise la nécessité de la rendre responsable devant les peuples. L'influence matérielle que peut exercer celle-ci sur les juridictions nationales ne suffit pas pour conclure à un déséquilibre entre la nature des actes contrôlés et la nature du contrôle effectué, d'autant que les citoyens ont pu valider leur consentement au juge communautaire directement par le biais de référendums ou au travers de leurs représentants. Dès lors, la légitimité démocratique de la juridiction communautaire apparaît suffisante, également pour ce qui concerne la sphère de *communautarité* surjective.

⁸²³ À ce sujet, voir par ex. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 571, p. 692 ; ou encore C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, § 733, p. 429.

⁸²⁴ Voir par ex. CJCE, 30 octobre 1975, *Rey Soda c/ Cassa Conguaglio Zuccherio*, aff. 23-75, *Rec.*, p. 1279, pts 50 et 51.

⁸²⁵ Sur ce point, se référer à D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 109, p. 167.

⁸²⁶ Sur cette question, voir not. R. LECOURT, *Le juge devant le Marché commun*, *op. cit.*, p. 50. Dans cette logique, on ne peut évoquer d'autorité de chose jugée, classiquement considérée dans les pays de tradition continentale : D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 579-580, pp. 700-702.

⁸²⁷ À propos de l'extension de la responsabilité de l'État du fait de ses juridictions, voir *supra*, §§ 239 et s.

⁸²⁸ Sur cette question, voir H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *op. cit.*, p. 212 ; ou encore A. BZDERA, « L'enjeu politique de la réforme institutionnelle de la Cour de justice de la Communauté européenne », *op. cit.*, p. 249.

416. Ce débat n'épuise certainement pas celui, plus général, du déficit démocratique dont on accuse régulièrement la construction communautaire⁸²⁹. Cependant, de telles réflexions ne concernent qu'indirectement la situation du juge du Kirchberg, en ce que sa légitimité démocratique résulte du niveau de démocratisation de la construction communautaire dans son ensemble. L'accusation doit donc se préserver de la substitution abusive de coupables, au risque de déséquilibrer le système communautaire.

417. Aussi, contrairement aux premières idées intuitives, la juridiction communautaire jouit d'une légitimité institutionnelle tout à fait honorable. Elle dispose alors de la capacité fondée d'interpréter le droit communautaire au point de dégager des principes et, plus tard, des droits fondamentaux. Elle est donc susceptible d'élaborer une série de PGDC dont la suffisance de la matière ne peut être envisagée qu'au travers de l'usage du juge communautaire de son pouvoir. Se profile ici la légitimité éthique du juge communautaire, c'est-à-dire l'adéquation de sa jurisprudence aux attentes des acteurs du système conditionnant leur acceptation des prises de position qui leur seraient défavorables. La légitimité des juges se mesure aussi à l'aune du domaine de leur action.

Seconde section. Le domaine de la légitimité des juges

418. L'acceptation du pouvoir des juges résulte d'une opération complexe, combinant plusieurs assentiments. Il s'agit non seulement de consentir à l'existence de leur pouvoir mais aussi, et peut-être surtout, d'adhérer à leur pratique du pouvoir. Ainsi, au-delà des raisons qui ont incité les États membres à conférer autant de légitimité à la Cour de justice, il devient nécessaire d'en comprendre les limites. Plus précisément, la réflexion doit nous conduire vers l'appréhension des motivations des États à accepter que le pouvoir de la juridiction communautaire aille jusqu'à la reconnaissance de PGDC aussi profonds.

419. La question prend une dimension toute particulière au regard d'une mise en perspective contextuelle. En effet, puisque la juridiction communautaire était d'abord conçue comme une juridiction internationale, il aurait été normal que l'on attende d'elle le comportement d'une juridiction internationale. Or, comme le fait remarquer Roger-Michel CHEVALLIER, une telle juridiction « a toujours cherché à déterminer la teneur exacte du consensus atteint par les parties contractantes, dont l'entente doit théoriquement être exprimée au sein du texte du traité, qui doit scrupuleusement refléter les pensées de ceux qui l'ont rédigé »⁸³⁰. Aussi le texte constitue-t-il l'instrument

⁸²⁹ Pour une contestation de cette critique, voir par ex. P. PESCATORE, « La Constitution, son contenu, son utilité. La constitution nationale et les exigences découlant du droit international et du droit de l'intégration européenne : Essai sur la légitimité des structures supra-étatiques », *Revue de droit suisse*, 1992, pp. 41-72, p. 61. Et pour la promotion d'une « démocratie plurinationale », voir R. TOULEMON, « Pour une Europe démocratique » in *L'Union européenne au-delà d'Amsterdam - Nouveaux concepts d'intégration européenne*, Bruxelles, Presses Interuniversitaires Européennes, 1998, 249 p., pp. 191-206.

⁸³⁰ R.-M. CHEVALLIER, « *Methods and Reasoning of the European Court in its Interpretation of Community Law* », *CML Rev.*, 1964-1965, pp. 21-35, p. 22 : « *The classical international court has always sought to determine the exact content of the consensus reached by the contracting parties, which accord is*

fondamental du droit international public, car il exprime explicitement la volonté – qu'elle soit déclarée ou réelle⁸³¹ – des parties contractantes⁸³². L'utilisation des PGD en devient alors fort limitée, c'est-à-dire supplétive voire subsidiaire, surtout à l'époque⁸³³. La CJCE a toutefois rapidement fait appel aux PGDC, et d'une manière telle que son comportement a été assimilé à une forme d'activisme judiciaire d'autant plus remarqué qu'il se différenciait particulièrement des conceptions que l'on se faisait du rôle du juge d'un traité international.

420. Par le recours à la notion d'« activisme judiciaire », les auteurs entendent le plus souvent critiquer le juge communautaire dans sa pratique du pouvoir. Toutefois, un certain activisme, parce qu'il s'oppose à la conception du juge « bouche de la loi »⁸³⁴,

theoretically to be found expressed in the drafting of a treaty that ought scrupulously to reflect the thoughts of those who drafted it ».

⁸³¹ La doctrine du droit international public s'est en fait divisée sur la question de l'interprétation. Les partisans de la « volonté déclarée » (*Erklärungstheorie*) se sont opposés aux tenants de la « volonté réelle » (*Willentheorie*), estimant qu'il fallait s'en tenir aux dispositions du traité, et ne pas chercher à dégager l'intention des parties comme le proposait les seconds. La Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 – Texte disponible sur Internet : <<http://www.jurisint.org/doc/html/ins/fr/2001/2001jiinsfr6.html>> – n'a pas vraiment tranché la controverse, mais a choisi d'articuler les deux positions, en en imposant toutefois une comme subsidiaire. L'article 31 de cette Convention de Vienne transpose ainsi la théorie de la « volonté déclarée », tandis que l'article 32 ouvre la voie à des moyens complémentaires ou subsidiaires d'interprétation correspondant à la doctrine de la « volonté réelle ». Une telle distinction ne change toutefois pas vraiment notre propos. Nous ne nous y attarderons donc pas. À propos des différentes doctrines d'interprétation, voir P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 7^{ème} éd., 2004, 811 p., § 306, p. 311.

⁸³² Dans cette logique, le juge international ambitionne « la juste interprétation du traité » aux fins de ne pas « changer le caractère du traité » : CPJI, arrêt du 28 juin 1937, *Pays-Bas c/ Belgique*, affaire dite des « Prises d'eau à la Meuse », *Rec.*, p. 20, p. 26. Il se contente en outre de la signification du texte, si ce dernier est clair. Pour un exemple d'une jurisprudence constante, voir CIJ, avis consultatif des 28 novembre 1948 et 3 mars 1950, à propos des conditions d'admission d'un État comme membre des Nations unies, *Rec.*, p. 4 et p. 59. Pour plus de détails sur ces jurisprudences, se référer à B. TCHIKAYA, *Mémento de la jurisprudence du droit international public*, Paris, Hachette supérieur, 3^{ème} éd., 2005, 159 p.

⁸³³ L'idée même de « principe général » n'apparaît ainsi pas dans le texte de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. Certes, il est fait référence à certains principes de droit international, notamment incorporés dans la Charte des Nations Unies, au sein du Préambule et de l'article 52. Pour autant, il n'en est que très indirectement question à propos de l'interprétation des traités. L'article 31, § 3, prévoit en effet que : « Il sera tenu compte, en même temps que du contexte [...] c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Cela témoigne certainement de la prépondérance accordée au texte.

Le droit international public s'intéresse tout de même aux PGD, sachant qu'il faut distinguer les principes généraux *de droit* de l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice des principes généraux *du droit international*. Les premiers désignent un ensemble de principes existant au sein des ordres étatiques, tandis que les seconds émanent directement du droit international. Cette dernière catégorie est en fait plutôt « d'énonciation contemporaine », ce qui témoigne encore de la prépondérance du texte au moment où la construction communautaire a débuté.

Pour plus d'informations concernant les différents PGD en droit international, voir P.-M. DUPUY, *Droit international public*, *op. cit.*, §§ 328-339, pp. 331-339. Voir également P. DAILLIER et A. PELLET (N. QUOC DINH †), *Droit international public*, *op. cit.*, § 224, pp. 350-351 à propos des doutes concernant le caractère subsidiaire des PGD au regard de la pratique des juges internationaux. Nous remarquerons toutefois que les auteurs se réfèrent surtout à la jurisprudence de la CJCE dont il est permis de douter de la fidèle représentativité en la matière.

⁸³⁴ Voir, *supra*, §§ 345 et 349.

est inhérent à toute activité juridictionnelle⁸³⁵. Les auteurs emploient alors des expressions particulières pour désigner un activisme qui dépasserait, selon eux, les limites de l'acceptable : il a pu s'agir d'une sorte de super-activisme⁸³⁶, ou de l'idée d'une course effrénée⁸³⁷, expressions qui ne reflètent pas forcément un sentiment anti-européen⁸³⁸.

421. Il est vrai que l'importance de la construction prétorienne de la CJCE « n'avait sans doute pas été prévue par les auteurs du traité »⁸³⁹ même s'ils ne pouvaient pas ne pas avoir conscience de la profondeur de leur engagement. Ils ont pour autant accepté une telle pratique, que ce soit par leur silence ou leur absence de critique généralisée, autrement dit par leur comportement ou par le fait qu'ils ont, par la suite, pris implicitement position dans les traités communautaires ultérieurs⁸⁴⁰. De tels

⁸³⁵ Voir à ce sujet les propos de W. DÄNZER-VANOTTI, « *Der Europäische Gerichtshof zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung* » in *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, Nomos, 1995, 1742 p., vol. I, pp. 205-221, p. 209 : « *Um die Grenzen des Richterrechts abzustecken, wird häufig an den "judicial self-restraint" appelliert. Mit einem solchen Appell ist aber schon deswegen nichts geholfen, weil der Richter, zur Entscheidung berufen, sich gar nicht zurückhalten darf. Es steht nicht in seinem Belieben, Zurückhaltung zu üben. Der Rechtsuchende kann verlangen, dass das Gericht im konkreten Streitfall seine Kompetenzen bis zum äussersten Rand ausschöpft. Für die Bestimmung der Grenzen des Richterrechts darf nicht auf das Verhalten, das Selbstverständnis, ja da Belieben des Richters abgestellt werden, auf seine zupackende Kontrollfreudigkeit oder seine weise, altersmilde Zurückhaltung* ». « Afin de fixer les limites du droit jurisprudentiel, on fait souvent appel à la notion de « *judicial self-restraint* ». Une telle référence ne résout cependant rien parce que le juge, contraint de prendre une décision, n'est absolument pas en mesure de se retenir. Il n'est pas libre de témoigner de réserve. Le justiciable peut exiger que, dans un litige concret, le tribunal épuise ses compétences jusqu'aux limites extrêmes. Pour déterminer les limites du droit jurisprudentiel, il ne faut pas s'en tenir au comportement, à la conscience, voire à la volonté du juge, [ni] à sa saisissante aptitude à se contrôler ou à sa retenue sage et indulgente ».

⁸³⁶ Walter VAN GERVEN évoque ainsi que « La Cour de justice a parfois été qualifiée de cour *over-activist* », soit à notre sens, super-activiste, tout en en rejetant l'idée. Voir Walter van GERVEN, « *The Role and Structure of the European Judiciary now and in the future* », *op. cit.*, p. 212.

⁸³⁷ En réfléchissant sur l'ouvrage de Hjalte RASMUSSEN (*On Law and Policy in the European Court of Justice*, Boston, Lancaster, Nijhoff, Pays-Bas, Dordrecht, 1986, 555 p.), Le professeur CAPPELLETTI s'interroge : « *Is the European Court of Justice "Running Wild" ?* », en référence aux propos de l'auteur critiqué. Le professeur RASMUSSEN reproche en effet l'absence de toute limite à l'activité du juge communautaire. Le professeur CAPPELLETTI s'oppose toutefois à de telles considérations, dénonçant de « mauvaises prémices théoriques et exagérations factuelles ». Voir Mauro CAPPELLETTI, « *Is the European Court of Justice "Running Wild" ?* », *EL Rev.*, 1987, pp. 3-17, p. 4.

Le professeur RASMUSSEN réitérera sa position en soulignant les méfaits de l'activisme judiciaire qui, une fois commencé, ne peut que s'intensifier. Voir Hjalte RASMUSSEN, « *Between Self-Restraint and Activism : A Judicial Policy for the European Court* », *EL Rev.*, 1988, pp. 28-38, p. 34.

⁸³⁸ Le professeur RASMUSSEN témoigne ainsi de ses craintes que la Cour de justice n'aille trop loin et se discrédite en entraînant, dans sa chute, la construction communautaire dans son ensemble. Voir Hjalte RASMUSSEN, « *Between Self-Restraint and Activism : A Judicial Policy for the European Court* », *ibid.*, p. 29.

⁸³⁹ Michel WAELBROECK, « Le rôle de la Cour de justice dans la mise en oeuvre du traité CEE », *op. cit.*, p. 372.

⁸⁴⁰ Voir à ce sujet à Constantinos N. KAKOURIS, « La Cour de Justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle : Trois observations », *op. cit.*, § 46, pp. 638-639. L'auteur y rappelle que, si certains arrêts ont suscité des contestations de la part de plusieurs États membres, ces critiques doivent être considérées comme des « difficultés passagères ». En effet, « l'œuvre juridictionnelle de la Cour, y compris certains arrêts quasi-révolutionnaires, a été généralement acceptée et fidèlement suivie ». Les États ont d'ailleurs développé les pouvoirs de la juridiction communautaire, notamment en lui donnant

éléments, d'ailleurs tout à fait pertinents au regard du droit international public⁸⁴¹, induisent que les États membres ont considéré l'action prétorienne de la CJCE, même profonde, comme légitime. Cette dernière a ainsi pu fonder sa jurisprudence non seulement sur les textes des traités, mais également sur les principes qui pouvaient en émaner. Son interprétation du droit communautaire ne devait toutefois pas être sans borne, ne serait-ce que par l'existence du texte. En effet, comme le rappelle le professeur DUTHEIL DE LA ROCHÈRE :

« les évolutions jurisprudentielles trouvent leurs limites, dues aux limites mêmes tracées par le droit écrit que le juge communautaire a pour mission d'interpréter et d'appliquer »⁸⁴².

L'interprétation de l'esprit textuel (§1) ne pouvait donc être qu'autorégulatrice (§2).

§1. L'interprétation de l'esprit textuel

422. Comme nous l'avons déjà souligné⁸⁴³, la Cour de justice dispose d'un large pouvoir, car elle est chargée, en vertu de l'article 164 devenu 220 du traité CEE devenu CE, d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité ». Aussi est-elle enjointe d'agir non seulement comme toute juridiction qui « juge *secundum legem* mais [qui] effectue un travail plus ou moins créateur », mais également comme vecteur d'expression du « Droit avec un D majuscule, le Droit non écrit, l'Idée du Droit »⁸⁴⁴. Si toute juridiction est amenée à reconnaître des PGD, il devient alors nécessaire de mesurer l'amplitude dont dispose la CJCE pour développer ses propres PGDC. Notamment, il s'agit de comprendre les fondements sur lesquels la Cour estime qu'elle peut ériger de tels principes, opération préalable nécessaire à l'appréhension correcte de la portée de la construction prétorienne communautaire. L'analyse de l'interprétation de l'esprit textuel effectuée par la juridiction communautaire implique dès lors d'identifier son matériel (A), afin d'en envisager correctement le potentiel (B).

« compétence pour imposer des astreintes aux États membres qui ne se conforment pas à ses arrêts », lors de la modification de l'article 171 CEE opérée par le traité de Maastricht. L'auteur en déduit pertinemment que cela « témoigne de l'autorité de la Cour et de son respect de la part des États membres ». Nous remarquerons en outre que les États acceptent d'autant plus la légitimité de la Cour qu'ils ont pu, auparavant, en limiter les pouvoirs. Nous nous référerons simplement à la création du recours en annulation sous l'empire du traité CEE dont l'accès aux particuliers était beaucoup plus strict que la jurisprudence développée sur le fondement de l'article 33 CECA. Voir *supra*, §§ 220-222.

⁸⁴¹ L'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 – Texte disponible sur Internet : <<http://www.jurisint.org/doc/html/ins/fr/2001/2001jiinsfr6.html>> – prévoit effectivement que, pour l'interprétation du traité, « 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ; b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ». Resp., les accords ultérieurs et la pratique des États parties à un traité influent sur le contenu, déduit, du traité. Ces éléments constituent donc des outils utiles à la compréhension du droit international public dont émane d'abord la construction communautaire.

⁸⁴² Jacqueline DUTHEIL de la ROCHÈRE, « La Convention sur la Charte des droits fondamentaux et le processus de construction européenne », *RMCE*, 2000, pp. 223-227, p. 224.

⁸⁴³ Voir *supra*, §§ 345-346.

⁸⁴⁴ Pour les deux citations, Constantinos N. KAKOURIS, « La Cour de Justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle : Trois observations », *op. cit.*, § 19, p. 632.

A. Le matériel de l'interprétation

423. Par principe, l'action de tout juge est fondée sur le texte qu'il a pour fonction d'appliquer. La distinction s'insinue en revanche entre juge national et juge international lorsque le texte présente des lacunes. Tandis que le premier est, dans tous les cas, tenu de se prononcer pour éviter le déni de justice⁸⁴⁵, le second doit distinguer les hypothèses où le texte peut, une fois interprété, révéler une solution et les hypothèses où le texte ne comprend aucune indication pertinente. Dans ce dernier cas, le juge international ne peut que constater son incompétence⁸⁴⁶. La conception que l'on se fait de la Cour de justice se révèle donc déterminante dans l'appréciation de sa pratique du pouvoir. Si, comme pour tout juge, l'action de la Cour découle du texte dont elle a la charge, la controverse apparaît vis-à-vis de sa capacité à lire les silences du traité.

424. Certes, le droit international public n'ignore pas les difficultés rencontrées dans l'application du traité et propose diverses solutions interprétatives⁸⁴⁷. L'ensemble de ces techniques permet effectivement de clarifier voire d'identifier, en cas d'incohérence, la volonté des États parties à la convention. La prépondérance est toutefois donnée aux techniques qui dégagent la « volonté déclarée » des États par rapport à leur « volonté réelle » que pourrait induire le juge dans la combinaison de plusieurs éléments⁸⁴⁸. Aussi, si le juge n'est pas systématiquement empêché de construire des principes généraux, il faut bien constater que les principes généraux utilisés par le droit international public sont d'abord ceux des États⁸⁴⁹. Le juge international n'a ainsi que subsidiairement la fonction de dégager des principes et ne peut, quoi qu'il en soit, jamais s'affranchir de la volonté des États exprimée dans le texte du traité ou émanant de l'esprit du texte confronté à l'écrit.

425. La Cour de justice n'a d'ailleurs pas rejeté cette logique. Elle demeure une juridiction en relation avec un traité et ne peut que se fonder sur la volonté des États. Pour autant, elle est consciente de la largesse de sa mission posée par les articles 31 CECA et 164 CEE puis 220 TCE, autrement dit voulue par les États membres eux-mêmes. Chargée d'« assurer le respect du droit », il lui a été possible de s'intéresser aux silences du texte des traités communautaires. Elle a alors choisi de combler de telles

⁸⁴⁵ À propos du déni de justice, voir *supra*, §§ 195 et s. L'article 4 du code civil français doit, en fait, en constituer une expression adéquate, puisque des auteurs d'autres nationalités s'y réfèrent également. Voir not. Wolfgang DÄNZER-VANOTTI, « *Der Europäische Gerichtshof zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung* », *op. cit.*, p. 212.

⁸⁴⁶ Voir à ce sujet Roger-Michel CHEVALLIER, « *Methods and Reasoning of the European Court in its Interpretation of Community Law* », *op. cit.*, pp. 22-23 ; ou encore Robert LECOURT, *Le juge devant le Marché commun*, *op. cit.*, p. 61.

⁸⁴⁷ Les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 – Texte disponible sur Internet : <<http://www.jurisint.org/doc/html/ins/fr/2001/2001jiinsfr6.html>> – ont ainsi pour objet l'« interprétation des traités ».

⁸⁴⁸ Voir *supra*, § 419, note n° 829.

⁸⁴⁹ Voir *supra*, § 419, note n° 831. Le droit communautaire réserve d'ailleurs *a priori* une place particulière aux principes généraux communs aux droits des États membres, spéc. au sein de l'article 215, alinéa 2, TCE. Voir à ce sujet Jean-Victor LOUIS, *L'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, éd. de la Commission des CE, coll. « perspectives européenne », 6^{ème} éd., 1993, 241 p., § 87 p. 119.

lacunes, dans la mesure où le résultat de ses interprétations ne s'opposait ni au texte ni à son esprit. Son tout premier arrêt⁸⁵⁰ en constitue d'ailleurs déjà un vif témoignage. Malgré une certaine timidité⁸⁵¹, la Cour y pose les fondations de toute sa jurisprudence. Si elle recourt aux outils classiques d'interprétation, elle se refuse à se déclarer incompétente en cas de silence du traité⁸⁵². Elle témoigne toutefois de son obédience aux volontés étatiques en vérifiant que « le résultat auquel l'étude des textes et de la *ratio legis* a amené la Cour n'est pas en opposition avec d'autres objectifs du traité ou s'il est susceptible d'être infirmé par d'autres considérations »⁸⁵³. Se profilent ici les explications essentielles des raisons qui ont pu conduire ultérieurement la Cour, d'une part, à étendre le recours en annulation contre les actes du Parlement *dans le silence du traité*⁸⁵⁴ mais, d'autre part, à refuser d'élargir la recevabilité des recours en annulation intentée par les particuliers, puisqu'un tel revirement *s'opposerait au texte existant*⁸⁵⁵. Dès le départ, la Cour de justice se détacha ainsi du modèle du juge international qui ne lui seyait, du fait du texte, logiquement pas même si la conscience n'en fut d'abord pas répandue⁸⁵⁶.

426. Une telle position devait en outre se révéler particulièrement idoine. Elle devait permettre à la Cour de faire face aux évolutions de la construction communautaire, qu'elles soient internes ou exogènes.

En premier lieu, et au-delà d'une bonne gestion des variations issues des différentes versions linguistiques⁸⁵⁷, la Cour put adapter sa jurisprudence en fonction du

⁸⁵⁰ CJCE, 21 décembre 1954, *France c/ Haute Autorité*, aff. 1/54, *Rec.*, p. 7.

⁸⁵¹ Plusieurs auteurs soulignent le caractère restrictif de l'interprétation littérale réalisée par la Cour dans cette affaire. Andreas DONNER considère ainsi que la même affaire n'aurait pas été jugée de la même manière ultérieurement : Andreas M. DONNER, « *The Constitutional Powers of the Court of Justice of the European Communities* », *op. cit.*, p. 133.

⁸⁵² Pour une synthèse des différentes jurisprudences initiales en la matière, se référer à Roger-Michel CHEVALLIER, « *Methods and Reasoning of the European Court in its Interpretation of Community Law* », *op. cit.*, pp. 25-26.

⁸⁵³ CJCE, 21 décembre 1954, *France c/ Haute Autorité*, aff. 1/54, *Rec.*, p. 7, p. 30. Cette démarche est en outre tout à fait cohérente avec celle de tout juge, comme le rappelle Stephen BREYER in Robert BADINTER et Stephen BREYER (à l'initiative de), *Les entretiens de Provence – Le juge dans la société contemporaine*, *op. cit.*, p. 107 : « Le juge se retourne alors vers le texte pour être sûr que le résultat "sensé" de l'interprétation y est conforme ».

⁸⁵⁴ CJCE, arrêts du 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement*, aff. 294/83, *Rec.* p. 1339. Pour des explications supplémentaires, voir également *supra*, §§ 318 et s.

⁸⁵⁵ CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677. Pour des explications supplémentaires, voir également *supra*, §§ 223 et s.

⁸⁵⁶ Maurice LAGRANGE explique en effet que le choix opéré par la Cour dans son premier arrêt, « qu'à vrai dire le Traité imposait, [...] n'était pas encore tout à fait compris dans les premiers temps par d'éminents spécialistes du droit international (dont certains étaient venus plaider devant la Cour) ». Voir Maurice LAGRANGE, « La Cour de justice des Communautés européennes du plan Schuman à l'Union européenne », *op. cit.*, p. 131.

⁸⁵⁷ La doctrine considère en effet que les approches systématique et téléologique permettent de contrer et d'anticiper les problèmes des différentes versions linguistiques du traité. Voir not. Philippe LÉGER (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, *op. cit.*, commentaire de l'article 220, pp. 1578-1597, § 28, pp. 1591-1592.

À propos de la gestion du multilinguisme, se référer spéc. au juge PESCATORE qui a, à plusieurs reprises, témoigné de son intérêt pour la question. Voir not. Pierre PESCATORE, « Interprétation des lois et conventions plurilingues dans la Communauté européenne », *Les Cahiers de Droit*, 1984, pp. 989-1010 ; et

déploiement de l'ordre juridique communautaire. L'effet surjectif du droit communautaire⁸⁵⁸ ne se révéla en effet que dans la mise en œuvre du traité de Rome : la question des dispositions nationales d'application du droit communautaire y était nouvelle. Aussi peut-on considérer que la Cour ne prit la mesure de la nécessité de prévoir l'effet direct des normes purement communautaires qu'à partir du moment où elle put réaliser que les normes nationales pouvaient, matériellement, ne pas les respecter⁸⁵⁹. Elle put alors y remédier, grâce à sa possible lecture des silences du traité.

En second lieu, la Cour de justice fut confrontée à la nouvelle conception que développait la Haute Autorité de son propre rôle, incitée en cela par les crises successives de l'acier puis du charbon⁸⁶⁰. De manière à adopter une conduite efficace, en cohérence avec les objectifs pour lesquels elle avait été mandatée par les États membres, la Haute Autorité dut adapter sa philosophie. Aussi, « dans cette perspective, le Traité devait être interprété et appliqué non seulement à la lumière des intentions de ses auteurs mais aussi à la lumière des circonstances évolutives »⁸⁶¹. Confrontée à de nouveaux besoins de droit, la Cour de justice put ainsi se conformer au rôle de tout juge, qui pour « [ê]tre fidèle à la norme [...] s'attach[e non] à l'interprétation originale, mais cherch[e] à adapter le sens d'un texte aux modifications des conditions dans lesquelles son objectif doit être atteint »⁸⁶².

pour une contribution très pratique tendant à prévenir les variations linguistiques au sein des versions des arrêts de la Cour : *Vade-mecum - Recueil de formules et de conseils pratiques à l'usage des rédacteurs d'arrêts*, Luxembourg, Office des publications officielles des CE, 3^{ème} éd., 1985, 317 p.

Pour un exemple d'erreur de traduction d'arrêt nécessitant une interprétation nouvelle, voir Ole DUE, « *Understanding the reasoning of the Court of Justice* » in *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 660 p., pp. 73-85, p. 81. Dans l'affaire C-106/89 au pt 8, la traduction de « dans toute la mesure du possible » avait été oubliée dans la version danoise, ce qui modifiait particulièrement l'obligation des juridictions nationales. Voir CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing c/ Comercial Internacional de Alimentación*, aff. C-106/89, *Rec.*, p. I-4135, pt 8 : « Il s'ensuit qu'en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189, troisième alinéa, du traité ». Nous soulignons.

⁸⁵⁸ Voir *supra*, §§ 124 et s.

⁸⁵⁹ Voir à ce sujet M. LAGRANGE, « La Cour de justice des Communautés européennes du plan Schuman à l'Union européenne », *op. cit.*, p. 133. L'auteur explique d'ailleurs ensuite l'objet de la jurisprudence *Van Gend en Loos c/ Administratie der Belastingen* (CJCE, 5 février 1963, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3).

⁸⁶⁰ Le marché de l'acier fut en effet déstabilisé par la guerre de Corée, puis par une concurrence sous-estimée des Américains. Voir à ce sujet A.M. DONNER, « *The Constitutional Powers of the Court of Justice of the European Communities* », *op. cit.*, p. 133. Pour sa part, le marché du charbon fut secoué en 1956, non seulement par une explosion de la demande due à un hiver rigoureux, mais aussi par la crise de Suez. Il subira ensuite assez rapidement, à partir de 1958, une crise profonde et durable. Pour plus d'explications à ce sujet, se référer au site Internet *Mémoires de la mine et identités culturelles en Europe*, réalisé au sein du projet « Culture 2000 », financé not. par l'Union européenne, et spéc. à Mauve CARBONNELL, « La politique charbonnière de la CECA (1952-2002) », disponible sur Internet : <http://www.up.univ-mrs.fr/mines/Themes/theme_histoire/histoire_ceca/hist_ceca.htm>, fin du 1. et 2.

⁸⁶¹ A.M. DONNER, « *The Constitutional Powers of the Court of Justice of the European Communities* », *op. cit.*, p. 133 : « *In that perspective the Treaty had to be interpreted and applied not only in the light of the intentions of its authors but also in the light of changing circumstances* ».

⁸⁶² D. GRIMM in R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence*, *op. cit.*, p. 356. L'auteur est toutefois critiqué par le professeur DWORKIN qui conteste l'idée de l'objectif que doit atteindre la norme. En effet, s'il s'agit, comme le définit le juge GRIMM, du « but que se fixe le législateur en adoptant le texte », le professeur DWORKIN considère que « Cela n'existe pas en réalité. Les motivations du législateur

427. La démarche de la CJCE devait toutefois inspirer la suspicion, en ce qu'elle n'hésita pas à interpréter le texte des traités, son silence, et le compléter avec des PGDC. Pour certains, elle ne respectait ainsi pas suffisamment le texte, expression des volontés étatiques fondatrices⁸⁶³. Détachée du modèle du juge international, la Cour devait cependant s'incliner devant le besoin de droit communautaire⁸⁶⁴ auquel le pouvoir politique ne répondait pas forcément. En effet, la carence de ce dernier non seulement incite⁸⁶⁵, mais en outre légitime l'action palliative du juge. Comme l'explique l'ancien juge à la CJCE PESCATORE, en référence au professeur BURDEAU :

« est légitime le pouvoir qui répond le mieux aux attentes, aux besoins de la collectivité, celui qui est capable de résoudre les problèmes vitaux qui la concerne, d'assurer, en un mot, le bien commun »⁸⁶⁶.

La conscience de la Cour de son rôle vis-à-vis du nouveau besoin de droit communautaire devait d'ailleurs la conduire à exploiter le potentiel considérable que lui offrait la création de PGDC, résultat d'une interprétation de l'esprit textuel non corsetée dans une logique internationale.

B. Le potentiel de l'interprétation

428. À partir du moment où la CJCE avait pu s'affranchir du modèle du juge international, elle devait développer une jurisprudence tendant à construire le droit communautaire au-delà du texte des traités, comme le lui enjoignaient les termes de sa mission. Sa logique devait ainsi se rapprocher de celle des juges nationaux investis d'une mission constitutionnelle, en ce qu'ils doivent interpréter, voire compléter, les

ne sont pas, pour de multiples raisons, identifiables ». Le juge GRIMM maintient cependant son propos en estimant que cette recherche de l'objectif de la loi « peut être difficile [...] Mais [il] ne pense pas qu'il soit totalement impossible de définir de manière objective le but poursuivi par une loi ». (Voir, pp. 356-357). Les « objectifs que la loi s'assigne » demeurent de toute façon un outil indispensable au juge, ne serait-ce que pour vérifier que l'interprétation qu'il propose est conforme au texte. Voir à ce sujet S. BREYER in R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence*, op. cit., pp. 106-107.

⁸⁶³ Pour une expression de cette critique, toutefois contestée par l'auteur, voir O. DUE, « *Understanding the reasoning of the Court of Justice* », op. cit., p. 75.

⁸⁶⁴ Nous pourrions toutefois identifier une certaine filiation entre le modèle du juge international et la recherche de satisfaction du besoin de droit dans l'équité, concept non étranger du droit international public. Voir à ce sujet P.-M. DUPUY, *Droit international public*, op. cit., §§ 351, 354 et 355, pp. 346-351 ; ou encore B. TCHIKAYA, *Mémento de la jurisprudence du droit international public*, op. cit., p. 88 et p. 113.

⁸⁶⁵ À ce sujet, voir not. W. van GERVEN, « *The Role and Structure of the European Judiciary now and in the future* », op. cit., p. 212 : « *judicial activism is, more often than not, the consequence of inability or unwillingness to act on the part of the legislative* » ; « l'activisme juridique est, le plus souvent, la conséquence de l'incapacité ou de la réticence d'agir du législatif ». Voir également C.N. KAKOURIS, « La Cour de Justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle : Trois observations », op. cit., § 38, p. 636 ; ou encore M. CAPPELLETTI, « *Is the European Court of Justice "Running Wild" ?* », op. cit., p. 5.

⁸⁶⁶ P. PESCATORE, « Les exigences de la démocratie et la légitimité de la Communauté européenne », *CDE*, 1974, pp. 499-514, spéc. pp. 507-508, précisant que « Ce point est bien mis en évidence par Georges BURDEAU dans son *Traité de sciences politiques*, tome II, 2^e édition, 1967, n° 66 et tome IV, 2^e édition, 1969, n° 60 ».

fondements de l'ordre juridique dont ils procèdent. Ces derniers ayant largement marqué le sens des textes constitutionnels, il était logique que la Cour de justice puisse exercer une influence comparable sur les traités. Nous pourrions ainsi paraphraser les termes de l'ancien juge à la Cour constitutionnelle fédérale allemande GRIMM formulés à propos de cette Cour, et considérer, à l'endroit de la CJCE, que « Les amendements [aux traités] en ont changé le texte, les jugements de la Cour en ont modifié le sens »⁸⁶⁷. Le potentiel de l'interprétation textuel s'avérait ainsi particulièrement important ; il fut en fait largement exploité par la juridiction communautaire.

429. Nombreux sont ceux qui en ont décelé les effets. Quelles que soient les opinions personnelles et/ou politiques, les auteurs ont ainsi quasi unanimement reconnu l'ampleur de la jurisprudence communautaire, à la fois dans le nombre des thèmes concernés et dans la profondeur de l'entreprise. L'ancien juge à la CJCE PESCATORE en dresse d'ailleurs un portrait synthétique. Dans une contribution où il s'intéresse à la légitimité de la CJCE, il réfléchit sur les divers thèmes impliqués⁸⁶⁸. Il aborde ainsi successivement le principe de l'effet direct et ses limites, l'extension de la personnalité internationale de la Communauté européenne, le resserrement draconien de l'irresponsabilité des États membres dans la mise en œuvre du droit communautaire, l'expansion du marché commun, le développement des droits sociaux et culturels dont on peut s'inquiéter des répercussions financières, enfin la réparation du système des voies de recours par la reconnaissance du droit au recours au profit du Parlement européen.

430. Sans rentrer dans les détails de chaque thème dont chacun a pu ou pourrait occuper le temps d'une thèse, nous pouvons simplement en souligner les rapprochements utiles à notre propos général. Que ce soit dans la lecture de termes ouverts permettant une extension de la recevabilité des recours en annulation intentés par les particuliers sous l'empire du traité CECA⁸⁶⁹, ou dans la lecture des silences du traité permettant de dégager des théories implicites comme celle de la personnalité internationale de la Communauté européenne⁸⁷⁰, la CJCE n'ambitionne que de respecter l'objectif des traités. Par l'effet

⁸⁶⁷ Pour les propos originaux, voir D. GRIMM in R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence*, op. cit., p. 37 : « les décisions de la Cour constitutionnelle ont plus profondément changé la Constitution allemande que ne l'ont fait les amendements formels, pourtant nombreux, qui lui ont été apportés. Les amendements à la Constitution en ont changé le texte, les jugements de la Cour en ont modifié le sens ».

⁸⁶⁸ P. PESCATORE, « Jusqu'où le juge peut-il aller trop loin ? », op. cit.

⁸⁶⁹ Voir les deux premiers arrêts rendus à ce sujet, en outre le même jour : CJCE, 11 février 1955, *Associazione Industrie Siderurgiche Italiane (ASSIDER) c/ Haute Autorité*, aff. 3/54, Rec., p. 123, pp. 138-139 et *Industrie Siderurgiche Associate (ISA) c/ Haute Autorité*, aff. 4/54, Rec., p. 177, p. 193.

⁸⁷⁰ Se référer à ce sujet à CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil, affaire dite « Accord européen sur les transports routiers (AETR) »*, aff. 22/70, Rec., p. 263, pts 13 à 19. Cette démarche n'est d'ailleurs pas contraire au droit international public puisque la juridiction internationale s'est elle-même reconnue des compétences implicites. Voir CPJI, avis du 23 juillet 1926, *Compétences de l'O.I.T.*, série B, n° 13, p. 18 et surtout CIJ, arrêt du 20 décembre 1974, *France c/ Australie et Nouvelle-Zélande, aff. dite des « Essais nucléaires français »*, Rec., pp. 259 et 463. La théorie des pouvoirs implicites n'en demeure pas moins limitée à un rôle complémentaire qui ne peut avoir pour objet de contredire le texte. Voir à ce sujet P. DAILLIER et A. PELLET (N. QUOC DINH †), *Droit international public*, op. cit., § 390, pp. 603-605, spéc. p. 605.

utile et la « plénitude »⁸⁷¹ qu'elle lui confère, la Cour développe le droit communautaire, confronte les dispositions des traités pour finalement officialiser les termes d'un engagement parfois d'abord passés sous silence. L'interprétation en devient dès lors finalisée⁸⁷² : il s'agit de donner corps aux objectifs politiques⁸⁷³ qui confèrent un sens à la construction communautaire, soit le marché commun, vecteur de pérennisation de la paix en Europe. Aussi, à l'instar de l'ancien président de la CJCE LECOURT, pouvons-nous affirmer que :

« peut être considéré comme fondamental au regard des Traités, tout principe ou toute règle sans lesquels le marché commun serait entravé dans son établissement, son fonctionnement ou son développement »⁸⁷⁴.

Toute atteinte potentielle, directe ou indirecte, emporte alors une certaine défiance de la CJCE qui vérifiera, puisqu'elle a été instituée à cet effet, que ni l'action d'un État dans la transposition du droit communautaire en droit national, ni l'inaction des États ne sera susceptible de mettre en danger le marché commun. Autrement dit, elle avait dès le départ pour vocation, respectivement, de dégager l'effet direct combiné à la primauté du droit communautaire et de développer la responsabilité de l'État pour mauvaise transposition du droit communautaire d'une part, et de lire les silences des traités pour en déduire des PGDC ou des théories implicites d'autre part. Par ailleurs, l'idée de marché commun impliquant des travailleurs, il était logique que la Cour cherche à uniformiser leurs droits sociaux pour favoriser leur libre circulation, mais également à leur permettre un accès le plus large possible pour défendre leurs droits communautaires. En somme, l'ensemble des grands apports jurisprudentiels tourne autour de la volonté de permettre matériellement au marché de fonctionner.

431. Parce que le marché commun, en ce qu'il matérialise les liens de « solidarité de fait »⁸⁷⁵, constitue l'objectif ultime de la construction communautaire, au moins à ses débuts, la Cour de justice a mobilisé tous les moyens dont elle disposait pour encourager et pérenniser ce marché. Elle s'est ainsi définie en elle-même comme ne relevant pas du modèle du juge international classique. Elle a alors pu lire, interpréter et compléter les silences du traité spécialement par des PGDC, d'une ampleur inhabituelle pour un juge de traité. Si sa mission lui permettait de tels développements, elle lui enjoignait toutefois en même temps de ne pas outrepasser « le respect du droit dans l'interprétation et l'application »⁸⁷⁶ des traités et, par là, de se conformer à la volonté

⁸⁷¹ Pour l'utilisation de ce qualificatif, voir R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, 321 p., p. 236.

⁸⁷² À propos de l'importance de l'interprétation téléologique en droit communautaire, voir, parmi de nombreuses contributions, R.-M. CHEVALLIER, « *Methods and Reasoning of the European Court in its Interpretation of Community Law* », *op. cit.*, pp. 32-34 ; ou encore P. CINTURA, « L'objectivisme juridique et la Cour de Luxembourg », *RTDE*, 1970, pp. 272-295, p. 281.

⁸⁷³ À propos de l'importance des objectifs politiques, notamment contenus dans les préambules, qui, en droit constitutionnel comparé, ont acquis une valeur juridique contraignante, voir M. CAPPELLETTI, « *Is the European Court of Justice "Running Wild" ?* », *op. cit.*, p. 9.

⁸⁷⁴ R. LECOURT, *L'Europe des juges*, *op. cit.*, p. 246.

⁸⁷⁵ R. SCHUMAN, *Déclaration* du 9 mai 1950, disponible sur Internet : <http://europa.eu.int/abc/symbols/9-may/decl_fr.htm>.

⁸⁷⁶ Article 164 CEE devenu 220 TCE.

profonde de leurs auteurs. La construction prétorienne des PGDC ne pouvait donc pas être illimitée.

§2. L'autorégulation de l'esprit textuel

432. Dans son interprétation de l'esprit des traités communautaires, la Cour de justice ne pouvait que développer une certaine autorégulation. À défaut, elle risquait de méconnaître l'essence de sa mission. Or, en tant que juge, elle se doit de respecter le système dont elle procède. Classiquement, est ainsi désigné l'équilibre institutionnel posé par une séparation des pouvoirs ou des fonctions⁸⁷⁷.

433. D'une part, le juge ne peut se substituer complètement au pouvoir législatif, et *a fortiori* à la « puissance constitutive », au risque de gouverner à la place des gouvernants et donc d'engendrer un « gouvernement des juges ». L'action suppléante du juge émanant d'une logique nationale n'est plus à démontrer⁸⁷⁸. La Cour de justice ne pouvait, dès lors, s'arroger un pouvoir d'appréciation aussi large que celui des auteurs des traités⁸⁷⁹, ou des institutions chargées de la fonction législative.

434. Le juge était confronté d'autre part aux implications du développement de la *communautarité* surjective, et surtout des liens qu'entretiennent les ordres juridiques communautaire et nationaux. En effet, si la Cour de justice pouvait développer les principes de l'effet direct et de la primauté des normes communautaires sur les normes nationales d'application du droit communautaire, elle ne pouvait en déduire la nullité des secondes par rapport aux premières⁸⁸⁰. De la même manière, le juge communautaire ne peut que prendre acte des procédures nationales existantes, même s'il tend à développer des principes communs et à sanctionner l'État pour l'inefficacité de ses procédures⁸⁸¹. Les principes dégagés par le juge communautaire trouvaient de ce fait une seconde série de limitations dans les spécificités de l'Union et de la Communauté européennes de droit.

⁸⁷⁷ À propos de la distinction séparation des pouvoirs organique et séparation des pouvoirs fonctionnelle dont seule la dernière correspond à la réalité communautaire, voir V. CONSTANTINESCO, « La question du gouvernement de l'Union européenne », *Europe*, 2002, n° 7, pp. 3-6, p. 3.

⁸⁷⁸ Pour prendre un exemple admis de toute la doctrine française, nous renverrons à la jurisprudence du Conseil d'État français qui reconnaît que le pouvoir réglementaire peut, en l'absence de loi, intervenir dans la mise en œuvre du droit de grève alors que, normalement, seule la loi peut organiser les droits et libertés fondamentaux en vertu de l'article 34 de la Constitution : CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene, Rec.*, p. 426, *GAJA*, n° 66.

⁸⁷⁹ Se référer not. à L. SEVÓN, « *Experiencing the Court of Justice of the European Communities* » in *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 660 p., pp. 577-592, p. 579 ; ou encore à C.N. KAKOURIS, « La Cour de Justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle : Trois observations », *op. cit.*, § 35, pp. 635-636.

⁸⁸⁰ Voir *supra*, § 303.

⁸⁸¹ Voir, au sujet de l'autonomie procédurale des États membres et du contentieux dit « de la deuxième génération », D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 332, pp. 418-420, spéc. p. 419 ; ou encore F. SUDRE, « "Droit au juge" et contentieux de la légalité en droit communautaire : la clé du prétorien n'est pas un passe partout » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. II, pp. 1399-1419.

435. Ainsi, que « l'institution judiciaire communautaire ne cherche en aucun cas à modifier sa position dans l'équilibre institutionnel prévu par les traités ni à élargir le champ de ses compétences »⁸⁸² soit tenu pour acceptable ne peut être correctement envisagé que dans la distinction des sphères dans lesquelles le principe de *communautarité* officie. La distinction est d'autant plus essentielle que, au regard de la relativité de l'activisme judiciaire⁸⁸³, une action pourrait être perçue à la fois comme activiste et non-activiste selon le contexte considéré. Dans les deux cas, le juge y trouve en fait une justification à son autorégulation. Son attitude peut toutefois être nuancée selon qu'il cherche non seulement à préserver mais aussi à promouvoir l'équilibre institutionnel au niveau endogène, ou selon qu'il tend à modérer ses développements dans le respect des souverainetés nationales au sein de l'ordre juridique communautaire déployé⁸⁸⁴. Il appert ainsi que la Cour de justice développe une action pondératrice au sein de la sphère de *communautarité* endogène (A), mais plutôt pondérée au sein de la sphère de *communautarité* surjective (B).

A. Une interprétation pondératrice au sein de la sphère de communautarité endogène

436. L'interprétation de l'esprit textuel trouve sa première série de limites dans l'ordre communautaire lui-même. Le juge est en effet enjoint, en vertu de l'article 4 CEE devenu 7 TCE, de se conformer aux termes de sa mission⁸⁸⁵ dont l'objectif ultime est le fonctionnement équilibré du système. Dès lors, la Cour de justice doit respecter aussi bien la hiérarchie des normes que les compétences des autres institutions. Autrement dit, la Cour doit se soumettre au pouvoir qui lui est supérieur – la « puissance constitutive » communautaire – et ménager les pouvoirs qui lui sont adjacents – les pouvoirs des autres institutions –.

437. En premier lieu, la Cour de justice a toujours pris garde de ne pas s'arroger la compétence « constitutive ». Si elle déterminait « par voie d'interprétation la norme constitutionnelle, puis en contrôl[ait] la validité des amendements à la constitution

⁸⁸² G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, « L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 281.

⁸⁸³ Dans sa contribution « Jusqu'où le juge peut-il aller trop loin ? » (*op. cit.*, pp. 301-302), le professeur PESCATORE fait effectivement remarquer que « l'activisme a [...] une signification fondamentalement différente selon [le point de vue où] l'on se place ». Voir également R. DWORKIN in R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence – Le juge dans la société contemporaine*, *op. cit.*, p. 78 : l'auteur y dénonce « la porosité du concept invoqué pour juger ce qui est actif et ce qui ne l'est pas ».

⁸⁸⁴ Certains distinguent l'« équilibre "horizontal" des pouvoirs entre les institutions communautaires » de l'« équilibre "vertical" de la répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres ». Voir not. H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *op. cit.*, p. 214, se référant à V. CONSTANTINESCO in *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes : contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, Paris, LGDJ, 1974, 492 p. Pour plus de cohérence avec nos propres propos, nous choisissons toutefois de réfléchir au sein des sphères de *communautarité*.

⁸⁸⁵ Cet article dispose en effet, en son premier point, alinéa 2, que : « Chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le présent traité ».

destinés à surmonter [ses] décisions », elle s'emparerait de la totalité du pouvoir et ouvrirait la porte au « gouvernement des juges »⁸⁸⁶. Elle ne le souhaite toutefois pas.

Le juge communautaire a notamment, et à plusieurs reprises, rappelé qu'il refusait « de se substituer [à la « puissance constitutive »] communautaire en vue de procéder à une modification du système des voies de recours et des procédures établi par le traité »⁸⁸⁷. Dans le même sens, il se soumet pleinement aux modifications des traités, même si elles ont pour effet de s'opposer à sa jurisprudence. Ainsi la CJCE a-t-elle modifié sa position relative aux recours en annulation intentés par les particuliers pour suivre le resserrement de la recevabilité opéré par le traité de Rome⁸⁸⁸. Le juge communautaire ne s'estime donc pas titulaire du « dernier mot ».

Certes, on pourrait considérer que, les traités étant politiquement difficiles à modifier, la Cour jouit pour l'essentiel de ce dernier mot et conquiert, par là, la « puissance constitutive ». Toutefois, nous estimons que le fait que la « puissance constitutive » n'intervienne que rarement n'implique pas qu'elle ne joue pas son rôle. Au contraire, il se peut que l'absence ou le faible nombre de « dernier mot » du constituant témoigne du fait qu'il tient un rôle dissuasif particulièrement efficace⁸⁸⁹. Il suffit, pour atteindre une telle conclusion, que soit démontrée l'effectivité de la possibilité d'intervention de ce dernier mot. Or, une telle démonstration est réalisable pour le droit communautaire. Comme le relève le professeur GAUDIN :

« le pouvoir constituant a déjà repris et contredit une interprétation délivrée par la haute juridiction communautaire. Il est allé ainsi à l'encontre d'une

⁸⁸⁶ M. TROPER, « Le bon usage des spectres *Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges* » in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC*, Paris, Economica, 2001, 458 p., pp. 49-65, spéc. pp. 57-58.

⁸⁸⁷ La CJCE l'a formulé de manière éclatante dans l'arrêt *UPA* déjà envisagé, *supra*, §§ 223 et s. : CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pt 45. Pour sa part, le TPICE maintient une jurisprudence constante en la matière : TPICE, 27 juin 2000, *Salamander AG et autres c/ Parlement et Conseil*, aff. jointes T-172/98, T-175/98 à T-177/98, *Rec.*, p. II-2487, pt 75 ; 15 janvier 2003, *Philip Morris International Inc et autres c/ Commission*, aff. jointes T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01, *Rec.*, p. II-1, pt 124 ; et dernièrement 21 avril 2005, *Holcim (Deutschland) AG c/ Commission*, aff. T-28/03, *Rec.*, p. II-1357, pt 34.

⁸⁸⁸ Voir *supra*, §§ 209 et s.

⁸⁸⁹ Les constitutionnalistes ne déduisent en effet pas du « caractère exceptionnel de l'utilisation de la procédure de révision » l'inefficacité du « dernier mot ». Voir par ex., G. SCOFFONI, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *RIDC*, 2-1999, pp. 243-280, p. 266.

Il serait de toute façon particulièrement erroné de considérer que le Conseil constitutionnel français avait le dernier mot jusqu'au 1^{er} novembre 1993, date à laquelle le pouvoir constituant français se réunit, pour la première fois, spéc. pour faire suite à une décision déclarant l'inconstitutionnalité de nombreuses dispositions de la loi sur l'immigration, pourtant nécessaires au regard des engagements internationaux de la France, not. au sein de l'espace Schengen. Voir à ce sujet, Conseil constit., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, *Rec.*, p. 224, *RJC*, p. I-539, *GD* n° 46 ; É. BALLADUR, « Discours prononcé devant le Congrès du Parlement le 19 novembre 1993 » in D. MAUS, *Les grands textes de la pratique constitutionnelle de la V^e République*, Paris, La documentation Française, 1998, 429 p., pp. 369-370 ; et la révision opérée par la loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 *relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile*, *JORF*, 26 novembre 1996, p. 16296, pour laquelle le Conseil était de toute façon incompétent en vertu d'une jurisprudence constante depuis sa déc. n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi référendaire*, *Rec.*, p. 27, *RJC*, p. I-11, *GD* n° 14.

jurisprudence de la Cour avec le protocole 119 TCE annexé au Traité sur l'Union européenne, concernant l'arrêt *Barber* du 17 mai 1990 »⁸⁹⁰.

En somme, le juge communautaire témoigne, à plusieurs niveaux, de son obédience envers la « puissance constitutive » communautaire.

438. En second lieu, la Cour de justice tient à respecter l'équilibre institutionnel des traités, et ainsi les pouvoirs de chaque institution. Elle ne constitue en effet « nullement une sorte d'arbitre étranger chargé de régler épisodiquement certains litiges, mais est étroitement associée, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, à l'œuvre commune et doit être, elle aussi, pénétrée de l'esprit communautaire »⁸⁹¹. Elle a ainsi particulièrement conscience de son rôle de collaboration dans la construction du marché commun. Pour certains, elle modulerait même son activisme selon qu'elle veut protéger tel ou tel élément, ou ne pas porter atteinte au pouvoir discrétionnaire des institutions⁸⁹².

En découle, en tout cas, un respect des prérogatives du « législateur » communautaire : les PGDC ne peuvent décider à sa place, par exemple, d'un régime de prescription⁸⁹³. En découle également une prise en considération des spécificités de la procédure d'adoption des actes communautaires. Cette procédure est subtile, voire complexe, et parfois très longue pour la recherche d'un compromis entre les différentes forces nationales en présence au sein des institutions⁸⁹⁴. La Cour de justice n'éprouve alors, en tant qu'actrice de la construction communautaire, légitimement pas l'envie d'alourdir le calendrier décisionnel en annulant trop systématiquement les actes communautaires⁸⁹⁵. Elle préfère recourir aux outils interprétatifs disponibles, ou limiter ses exigences de principe au regard des spécificités de l'espèce. C'est ainsi que la Cour a formulé une sorte de coup d'arrêt à l'extension des droits de la défense, dans le but de respecter la nature des fonctions exercées au sein des autres institutions⁸⁹⁶. Ces dernières

⁸⁹⁰ H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *op. cit.*, p. 216 à propos de : CJCE, 17 mai 1990, *Barber c/ Guardian Royal Exchange Assurance Group*, aff. 262/88, *Rec.*, p. I-1889.

⁸⁹¹ M. LAGRANGE, « Le pouvoir de décision dans les Communautés Européennes : théorie et réalité », *RTDE*, 1967, pp. 1-29, p. 7.

⁸⁹² Se référer spéc. à W. van GERVEN, « *The Role and Structure of the European Judiciary now and in the future* », *op. cit.*, p. 212.

⁸⁹³ Voir à ce sujet J.-P. PUISSOCHET, « Intervention lors de la synthèse : Le gouvernement des juges vu par les juges ? » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, *op. cit.*, pp. 287-323, p. 304, se référant à CJCE, 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma c/ Commission*, aff. 41/69, *Rec.*, p. 661, pt 18 implicitement, voir pt 2 du sommaire.

⁸⁹⁴ Au-delà des réalités politiques de la négociation au sein des institutions, nous relèverons la complexité particulière de la procédure de codécision. Voir not. à ce sujet, D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, §§ 210-211, pp. 269-274. Voir également J. JORDA, *Le pouvoir exécutif de l'Union européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, 687 p.

⁸⁹⁵ Voir par ex. L. SEVÓN, « *Experiencing the Court of Justice of the European Communities* », *op. cit.*, p. 580. Ces remarques nous ont d'ailleurs plusieurs fois été exprimées par des juges et des référendaires, lors de nos stages.

⁸⁹⁶ CJCE, 29 avril 2004, *Parlement c/ Patrick Reynolds*, aff. C-111/02 P, *Rec.*, p. I-5475, pts 58 à 61. La Cour rappelle que « le fonctionnaire qui accepte une fonction dont les caractéristiques sont très particulières, comme celle de secrétaire général auprès d'un groupe politique du Parlement, doit avoir conscience du pouvoir discrétionnaire de ce groupe de mettre fin à son engagement à tout moment, notamment en cas de disparition des rapports de confiance mutuelle entre ce dernier et ledit fonctionnaire ». La décision de mutation du fonctionnaire en qui le groupe politique a perdu confiance, sans que l'intéressé n'ait été préalablement entendu, n'est donc pas injustifiée et ne viole pas le principe du

n'hésitent d'ailleurs pas à rappeler au juge les difficultés pratiques que soulèverait un potentiel revirement de jurisprudence⁸⁹⁷. La Cour de justice ne peut, en fait, y rester insensible puisque chargée de pérenniser la viabilité du système, également (et peut-être surtout) matériellement.

439. La Cour de justice témoigne ainsi d'un profond respect pour les pouvoirs qui la limitent. Elle les protège même, aux fins de promouvoir l'équilibre institutionnel et de l'adapter aux contingences matérielles ou contextuelles, nécessairement évolutives⁸⁹⁸. Son action palliative n'a donc nullement pour effet la substitution qui serait contraire au texte des traités. Sa gestion des rapports entre les ordres communautaire et nationaux devait d'ailleurs imprimer un mouvement similaire.

B. Une interprétation pondérée au sein de la sphère de communautarité subjective

440. La Cour de justice joue un rôle particulier dans l'articulation des ordres juridiques communautaire et nationaux. Elle a en effet été directement confrontée à l'ambivalence de leur relation, et a pu non seulement la révéler mais également chercher à en atténuer les effets négatifs. Alors que le droit communautaire a besoin des droits nationaux pour demeurer globalement efficace et donc valide⁸⁹⁹, le droit communautaire a également besoin de s'en détacher, voire de les contrer, pour ne pas perdre son efficacité globale. La difficile réception des principes de primauté et d'effet direct du droit communautaire par les acteurs nationaux n'exprime en fait rien d'autre que ce double rapport qu'entretiennent l'Union et la Communauté de droit avec les souverainetés nationales : une sorte de besoin-répulsion. L'astrophysique pourrait même aider à l'illustration de ce phénomène. Si un satellite demeure en soi un corps en mouvement

respect des droits de la défense, comme l'estimait pourtant le TPICE. L'arrêt de première instance - TPICE, 23 janvier 2002, *Patrick Reynolds c/ Parlement*, aff. T-237/00, *Rec.*, p. II-163 - est donc annulé.

⁸⁹⁷ À notre connaissance, l'argument n'apparaît toutefois pas très explicitement dans les actes de jurisprudence publiés. Il est en fait invoqué spécialement lors des exceptions d'irrecevabilité opposées par la Commission notamment. Elle invoque, par exemple, qu'une extension de la recevabilité des recours intentés par les particuliers, pour ne pas avoir envisagé chaque situation concrète lorsqu'elle prend position sur un système d'aides d'État ou lorsqu'elle adopte un règlement, peut avoir pour effet d'augmenter dangereusement son activité, au point de la rendre inefficace. L'argument est tout de même décelable, au moins implicitement, dans les considérations du juge. Voir par ex. TPICE, ordonnance, 29 avril 2002, *Bactria Industriehygiene-Service Verwaltungs GmbH c/ Commission*, aff. T-339/00, *Rec.*, p. II-2287, pt 52, dont la version française est disponible au sein de l'ordonnance de pourvoi : CJCE, ordonnance, 12 décembre 2003, *Bactria Industriehygiene-Service Verwaltungs GmbH c/ Commission*, aff. C-258/02 P, *Rec.*, p. I-15105, pt 20 : « 52. La thèse de la requérante, selon laquelle la Commission était tenue, lors de l'adoption du règlement, de prendre en considération ses intérêts spécifiques et selon laquelle elle dispose, pour cette raison, d'un droit de recours en l'espèce, ne peut non plus être retenue. À la différence des affaires ayant donné lieu aux arrêts *Piraiki-Patraiki e.a./Commission* et *Antillean Rice Mills e.a./Commission*, précités, il n'existe pas en l'espèce de disposition qui impose à la Commission de tenir compte des conséquences de l'acte qu'elle envisage d'adopter sur la situation de certains particuliers ».

⁸⁹⁸ La protection est d'autant plus importante que la Cour de justice a été, pour l'instant, la seule institution qui n'a pas connu de blocage. Voir à ce sujet P. PESCATORE, « Jusqu'où le juge peut-il aller trop loin ? », *op. cit.*, p. 305.

⁸⁹⁹ Voir *supra*, §§ 97 et 100.

orbital autour d'une planète, il est le résultat d'un équilibre entre deux forces contraires : d'une part, l'attraction exercée par la planète et, d'autre part, la force centrifuge qui, pour simplifier, exerce une sorte de répulsion permettant d'éviter que le corps ne vienne se fracasser contre la planète. Sans l'attraction de la planète, le satellite ne deviendrait ainsi qu'un vulgaire astéroïde mais, en cas d'une attraction trop puissante ou inversement d'une force centrifuge comparativement trop faible, il se désintégrerait⁹⁰⁰. De la même manière, le droit communautaire n'existerait pas sans les souverainetés nationales des États membres, mais ne serait plus susceptible d'exister si ces souverainetés prenaient trop d'importance dans la construction communautaire.

441. Chargé d'« aiguiller »⁹⁰¹ les acteurs nationaux (et spécialement le juge national) dans leur application du droit communautaire, le juge communautaire se trouve ainsi situé au cœur de l'articulation des différents ordres juridiques en présence, et donc au cœur de la problématique des forces souverainetés/*communautarité*. Il a du coup la délicate mission de préserver le fragile équilibre de l'existence du système communautaire pour éviter que ce dernier ne s'affranchisse trop des souverainetés étatiques, ni ne s'y abandonne.

442. L'interprétation de l'esprit des traités ne peut alors avoir pour vocation que de préserver cet équilibre existentiel pour la construction communautaire. Elle ne peut pas être sans limite ; à défaut, elle s'affranchirait de la force des souverainetés nationales et perdrait aussi son existence. Cette mise en perspective permet d'ailleurs de comprendre pourquoi la Cour de justice a pu faire preuve d'audace, notamment dans les années soixante, puis soixante-dix, tandis qu'elle témoigne aujourd'hui d'une relative mesure, prudence ou réserve⁹⁰². Or, si elle avait véritablement choisi de se développer au point d'atteindre le stade ultime de « gouvernement des juges », elle n'aurait pas manqué de continuer ses assauts jurisprudentiels ; l'attitude aurait eu toutefois des allures suicidaires.

En fait, l'ancien juge à la CJCE PUISOCHET ne voit essentiellement, dans l'actuelle mesure, que le résultat d'une logique constructrice : « la majorité des points fondamentaux a été tranchée »⁹⁰³. Si les questions contentieuses contemporaines ne

⁹⁰⁰ L'exemple pourrait être critiqué en ce qu'il rend compte d'une relation de deux éléments, alors que l'étude du droit communautaire implique de l'envisager dans ses rapports avec vingt-cinq autres ordres juridiques, comme nous l'avons nous-même souligné. Voir *supra*, § 159, *in fine*. Nous avons toutefois choisi la simplicité d'une image qui fait appel aux connaissances générales de chacun. Un exemple plus rigoureux aurait en fait pu s'inspirer de la physique nucléaire. L'énergie, électrique ou nucléaire, est en effet fondée sur les forces maintenant la matière, et résulte d'un déséquilibre entre le noyau et ses électrons. Les explications nécessaires nous semblaient toutefois trop complexes pour illustrer notre propos.

⁹⁰¹ En référence à la « théorie de l'aiguilleur », chère au doyen FAVOREU. Pour un de ses derniers témoignages en la matière, voir L. FAVOREU, « Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. I, pp. 789-811, p. 797.

⁹⁰² À propos de la difficulté, même pour un éminent spécialiste, de trouver le bon mot pour désigner le phénomène actuel, voir J.-P. PUISOCHET, « Intervention lors de la synthèse : Le gouvernement des juges vu par les juges ? » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, *op. cit.*, pp. 287-323, p. 303.

⁹⁰³ *Id.*

manquent pour autant pas d'intérêt, les fondations, étape par définition fondamentale, ont été posées ; il n'est plus besoin d'y revenir. Il est néanmoins possible d'éclairer différemment mais, de manière complémentaire, la question. Par ses avancées jurisprudentielles, la Cour de justice ne cherchait qu'à préserver la force de la *communautarité*. Certes, elle s'attaquait quelque peu à la force des souverainetés nationales. Toutefois, elle n'a jamais voulu toucher à l'intégrité de ces souverainetés. Il ne s'agissait de contrer la force des souverainetés que dans la mesure où elle débordait la sphère de la *communautarité*. À partir du moment où les acteurs nationaux se sont apprivoisés, la Cour de justice n'a plus eu besoin de défendre le domaine réservé, ou existentiel, de l'ordre juridique communautaire. Son utilisation de la *communautarité* pour le droit communautaire classique est ainsi devenue apparemment mesurée, prudente ou réservée.

443. Ce constat de mesure pourrait sembler, à première vue, assez contradictoire avec nos propres conclusions tendant à montrer le développement de la garantie des normes communautaires⁹⁰⁴. Il est vrai, en effet, que nous avons entrepris d'expliquer le rôle instigateur de la Cour en la matière, rôle *a priori* difficilement conciliable avec l'idée d'une jurisprudence réservée. Cependant, les approches ne sont pas incohérentes. Le fait que la Cour pousse la logique communautaire jusqu'à son terme n'emporte pas forcément qu'elle en change les éléments. La Cour respecte au contraire profondément les caractères de l'ordre juridique communautaire mais, chaque fois qu'elle estime que demeure une difficulté, elle tente d'inciter la « puissance constitutive » à en prendre conscience. Elle lui renvoie ainsi directement et systématiquement la responsabilité finale. Les exemples sont tout aussi nombreux que symboliques, que ce soit dans son refus, déjà maintes fois rappelé, de toucher au système contentieux explicitement prévu par les traités⁹⁰⁵, dans son opposition à assumer, à la place du constituant, les conséquences de l'adhésion de la Communauté à la CESDH⁹⁰⁶, ou encore dans la teneur de ses messages envoyés préalablement à certaines conférences intergouvernementales⁹⁰⁷.

444. Ce constat de mesure n'indique toutefois pas que la Cour ne joue plus son rôle de protection de la sphère de *communautarité*. Au contraire, il semble qu'elle adopte une position de veille : à chaque fois que son système risque de crouler sous un excès de souverainetés nationales, elle réagit en monopolisant l'ensemble de ses capacités interprétatives. La jurisprudence communautaire relative au troisième pilier en constitue certainement une des expressions les plus récentes. Ce nouveau domaine de la construction communautaire – l'espace de liberté, sécurité et justice – connaît en effet ses premiers développements prétoriens. Directement confrontée à la force des souverainetés

⁹⁰⁴ Voir *supra*, §§ 228 et s.

⁹⁰⁵ Voir *supra*, §§ 223 et s.

⁹⁰⁶ Voir l'avis 2/94 du 28 mars 1996, sur l'adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Rec.*, p. I-1759.

⁹⁰⁷ Voir spéc. *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne* de mai 1999, la *Contribution de la Cour et du Tribunal à la Conférence intergouvernementale* et *La Cour de justice et la réforme institutionnelle de l'Union européenne* d'avril 2000, documents que la Cour revendique particulièrement puisqu'ils sont disponibles sur Internet : <http://curia.eu.int/fr/instit/presentationfr/index_savoirplus.htm>.

nationales, particulièrement prégnante en la matière, la Cour de justice a choisi d'adopter une position relativement audacieuse. Comme le souligne le professeur LABAYLE, « la Cour de justice ancre sa présence au centre du droit de l'Union, ce qui ne coulait pas de source à l'époque »⁹⁰⁸. Autrement dit, dans un domaine où les souverainetés risquaient de s'imposer aux dépens de la construction communautaire, la Cour décide de protéger « l'intégrité des compétences communautaires »⁹⁰⁹ : elle impose alors le principe de la conformité des actes de droit dérivé du troisième pilier à l'organisation des compétences communautaires⁹¹⁰, ou encore légitime l'action de la Communauté en matière pénale⁹¹¹. Son attitude n'est cependant pas révolutionnaire puisque, de l'aveu du même auteur, « la Cour ne va pourtant pas jusqu'à assumer une garantie effective des droits fondamentaux inhérents à la matière »⁹¹². La Cour demeure ainsi soucieuse de ne pas insuffler une trop grande force à la *communautarité*, en ne répondant que par une action proportionnée aux dangers encourus.

445. En définitive, la Cour de justice n'entreprend que de développer le système dont elle procède de manière à le pérenniser. Elle n'en change toutefois pas les modalités. Elle ne les précise, voire les intensifie, que dans la mesure où cela est nécessaire à la protection de l'intégrité du droit communautaire face à des forces souveraines déséquilibrantes. Elle n'agit finalement que comme toute structure, soucieuse de la continuation de son existence, au sein de sa sphère d'existence. Elle rappelle d'ailleurs ainsi les principes de la « "microsphérologie", c'est-à-dire l'interprétation de relations symbiotiques individuelles » au sens où l'entend le philosophe SLOTERDIJK⁹¹³. L'auteur, allemand, s'inspire certainement de l'esprit du temps puisqu'il apparaît que le concept de « sphère », initié par le droit allemand, tend à se diffuser dans les autres droits, notamment européen et, par interprétation, constitutionnel français⁹¹⁴. Pour simplifier, cette « microsphérologie » part du principe que tous les éléments ou acteurs d'une chose ou d'une sphère ont besoin les uns des

⁹⁰⁸ H. LABAYLE, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *RTDE*, 2006, pp. 1-46, p. 5.

⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 6.

⁹¹⁰ CJCE, 12 mai 1998, *Commission c/ Conseil*, aff. C-170/96, *Rec.*, p. I-2763.

⁹¹¹ CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, aff. C-176/03, *Rec.*, p. I-7879.

⁹¹² H. LABAYLE, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *op. cit.*, résumé.

⁹¹³ Depuis 2005, P. SLOTERDIJK est titulaire de la Chaire Emmanuel LÉVINAS créée en 2005 par la Ville de Strasbourg. Voir à ce sujet : <http://www.strasbourg.fr/Euracademie/FR/Programmation/Sloterdijk.htm>

Il développe une philosophie remarquée, dans une série d'ouvrages publiés depuis 2000. Voir not. H.-J. HEINRICHS (propos recueillis par), « Peter Sloterdijk, un nouvel espace philosophique » in *Magazine littéraire*, septembre 1999, n° 379, dont le sommaire est disponible sur Internet : <http://www.magazine-litteraire.com/dossiers/dos_379.htm>. Voir également, Léon MURPHY, « La Terre est Grise », commentaire sur l'ouvrage de P. SLOTERDIJK, *Ni le soleil ni la mort*, Hachette Pluriel Référence, poche, essai, Paris, 2004, disponible sur Internet : <<http://www.fluctuat.net/476-Ni-le-soleil-ni-la-mort-Peter>>.

⁹¹⁴ Qu'il nous soit permis de nous référer, à ce sujet, à notre contribution sur « L'inviolabilité du domicile "privé" dans la décision n° 2004-492 DC du Conseil constitutionnel français : Mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la "théorie des sphères" », *CDE*, 2004, n° 1-2, pp. 157-195.

autres pour exister : ils vivent en symbiose. Ils ont alors tendance à protéger l'ensemble des caractères de la sphère et ses autres acteurs, puisque c'est de cet ensemble qu'ils tirent leur existence. Le phénomène peut d'ailleurs engendrer un certain « cloisonnement », par le fait que chaque sphère « garde sa cohérence propre sans vraiment communiquer avec les autres »⁹¹⁵. Le professeur DELMAS-MARTY y identifie en fait l'une des causes du désordre mondial relatif aux droits de l'homme⁹¹⁶. Toutefois, nous ne pouvons que constater que la situation du droit communautaire est forcément différente. Les sphères communautaire et nationales sont, en effet, explicitement articulées l'une aux autres, ne serait-ce que par l'existence de la question préjudicielle ou par le fait que le droit communautaire a besoin des normes nationales de concrétisation pour être globalement efficace, et donc valide. Aussi, si le droit communautaire peut influencer sur les droits nationaux pour ce qui concerne sa mise en œuvre, il est logique de penser que les droits nationaux peuvent également exercer une influence sur le droit communautaire. L'influence des droits nationaux était d'ailleurs prévue par les rédacteurs des traités. Leurs principes généraux devaient constituer une source d'inspiration pour le droit communautaire, au moins pour ce qui concerne la responsabilité non contractuelle de la Communauté de l'article 215 CEE, devenu 288 TCE, alinéa 2. La Cour de justice devait toutefois en développer le potentiel.

446. Conclusion du chapitre premier. En tant que juge chargé d'une large mission, la Cour de justice s'estima en somme compétente pour dégager une série importante de PGDC. Il s'agissait certes de lire le texte, mais surtout d'en interpréter les silences. L'action du juge était ainsi hardie, mais ne résultait finalement que d'une conjonction de légitimations des pouvoirs politiques étatiques. La Cour de justice jouit en effet d'une légitimité certaine, quoique imparfaite. Ces lacunes ne doivent toutefois pas servir une vision dépréciative. Notamment, si des doutes peuvent être émis quant aux effets du possible renouvellement du mandat sur l'indépendance des juges, une appréhension de cet élément dans son contexte global révèle un relatif bénéfice : parce que les juges sont protégés par le secret des délibérés, le possible renouvellement de leur mandat peut être salubre, spécialement par l'introduction d'une certaine responsabilité des juges habituellement si difficile à mettre en place. Les juges retirent également une légitimité démocratique trop souvent méprisée. Elle ne résulte pourtant que du niveau de démocratisation de la construction communautaire. (La critique ne devrait alors pas se tromper de cible). Aussi les États ont-ils conféré à la Cour une légitimité institutionnelle substantielle ; ils devaient par la suite en accepter les effets, au moins de manière implicite. Les États témoignèrent dès lors de leur acceptation de l'action du juge communautaire. Ce dernier en trouvait l'expression de sa légitimité éthique.

447. L'action prétorienne de la Cour de justice n'en fut toutefois pas exempte de toute critique. Comme nous l'avons déjà évoqué, les juges nationaux ont notamment dénoncé l'absence de droits fondamentaux. Soucieuse de la pérennité de l'ordre juridique

⁹¹⁵ M. DELMAS-MARTY, « Désordre mondial et droits de l'homme » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. I, pp. 635-651, p. 635.

⁹¹⁶ *Id.*

communautaire, la Cour devait rassurer ces juges nationaux, dans leur pratique de la primauté et de l'effet direct du droit communautaire. Elle a ainsi reconnu, spécifié et développé les droits fondamentaux communautaires⁹¹⁷, alors même qu'ils n'étaient pas conçus comme conséquents de l'élaboration d'une Communauté de droit⁹¹⁸. Elle utilisa en fait le vecteur d'un outil légitime – les PGDC – pour introduire en droit communautaire un nouvel élément non prévu par les textes, donc *a priori* illégitime. Pourtant, la croyance erronée que les droits fondamentaux caractérisent toute « structure de droit »⁹¹⁹ devait remplir son office. La reconnaissance des droits fondamentaux fut légitimée, en outre, encore mieux que les PGDC.

⁹¹⁷ Voir *supra*, §§ 305 et s.

⁹¹⁸ Voir *supra*, § 302.

⁹¹⁹ Voir *supra*, § 10.

CHAPITRE SECOND

LA RECONNAISSANCE LÉGITIMÉE DES DROITS FONDAMENTAUX COMMUNAUTAIRES

448. En tant qu'élément non systématique de la Communauté de droit, les droits fondamentaux communautaires ne sont apparus qu'en conséquence d'une conjoncture particulière. La Cour de justice ne les a en effet dégagés qu'en réponse aux appels de certains juges nationaux, soucieux de la pérennité de leurs droits fondamentaux constitutionnels. La reconnaissance des droits fondamentaux communautaires est ainsi souvent présentée comme le résultat d'une pression des juges nationaux sur les juges communautaires⁹²⁰.

449. Puisque les droits fondamentaux sont réputés nécessaires à tout ordre juridique moderne, cet enrichissement de la construction communautaire fut perçu positivement. Aussi, personne, à notre connaissance, n'en critiqua le principe. Certes, nous adhérons politiquement à cette option, mais la politique juridique ne peut scientifiquement pas suffire à la démonstration ; elle l'obscurcit au contraire⁹²¹. Comprendre les raisons qui ont légitimé la Cour de justice à doter la construction communautaire de droits fondamentaux peut toutefois permettre de comprendre les raisons l'ayant incité à développer les droits fondamentaux qui sont finalement ceux de l'Union et de la Communauté européennes actuelles.

450. La remarque est, en outre, d'autant plus déterminante qu'aujourd'hui, la juridiction communautaire est critiquée à propos des droits fondamentaux. Elle est notamment particulièrement décriée sur le terrain de l'homosexualité : elle a refusé de reconnaître l'égalité de traitement au profit des couples homosexuels⁹²² alors qu'elle avait étendu ce bénéfice aux transsexuels⁹²³. Elle est par ailleurs blâmée pour sa « stratégie

⁹²⁰ Voir par ex. V. MICHEL, « La dimension communautaire des libertés et droits fondamentaux » in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., pp. 53-75, p. 54.

⁹²¹ À propos de la distinction entre science, théorie et politique juridique, voir *supra*, § 16.

⁹²² CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant c/ South-West Trains Ltd*, aff. C-249/96, *Rec.*, p. I-621. Pour une présentation, non exhaustive, des critiques doctrinales, voir par ex. et par ordre alphabétique, E. ADOBATI, « *Non sono ammesse agevolazioni di viaggio a favore di conviventi dello stesso sesso* », *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1998, p. 608 ; M. BELL, « *Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice : from P v S to Grant v SWT* », *ELJ*, 1999, pp. 63-81 ; T. CONNOR, « *Community Discrimination Law : No Right to Equal Treatment in Employment in Respect of Same Sex Partner* », *EL Rev.*, 1998, pp. 378-384 ; J.A. GONZÁLEZ VEGA, « *Buscando en la caja de Pandora : el Derecho comunitario ante la discriminación por razones de orientación sexual* », *La ley - Unión Europea*, 1998 n° 4522, pp.1-4 ; P. PALLARO, « *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale* », *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1998, pp. 609-619 ; ou encore T. REEVES, « *No homosexuals please, we're European !* », *New Law Journal*, 1999, pp. 558 et 569. Pour plus de détails, se référer aux *Notes de doctrine aux arrêts*, vol. 2, 1989-2005, disponibles via le site Internet de la Cour de justice : <http://curia.eu.int/fr/coopju/apercu_reflets/common/recdoc/notes/notes_vol2_89-2005.pdf>.

⁹²³ CJCE, 30 avril 1996, *P c/ S et Cornwall County Council*, aff. C-13/94, *Rec.*, p. I-1763.

d'évitement » tendant à « esquiver la nécessité d'être le juge des droits fondamentaux dans l'Union » au sein de l'Espace de liberté, sécurité et justice⁹²⁴. La doctrine comprend en fait d'autant moins ce refus de la Cour de jouer « son rôle de juge des droits de l'homme »⁹²⁵, que la protection des individus demeure lacunaire dans le domaine communautaire⁹²⁶.

451. Revenir aux fondements de l'introduction des droits fondamentaux communautaires peut toutefois permettre d'en percevoir les limites. Il ne peut en effet pas être anodin que les juges nationaux aient pu modifier l'engagement communautaire de la sorte, sans que la mission de la Cour de justice ait pu en sortir indemne. Le fait que les juges nationaux enjoignent à la Cour d'enrichir la construction communautaire devait avoir en outre un effet sur le contenu de l'engagement international ratifié par les États membres. Les juges nationaux ont ainsi témoigné de leur force non seulement vis-à-vis de la Cour de justice, mais également à l'encontre du contenu de la volonté des États membres au sein d'un traité international. L'action des juges nationaux devait donc avoir un effet beaucoup plus dense qu'une simple pression. La réception du message par la Cour de justice devait mériter, à ce titre, quelques approfondissements.

452. La modification apportée à la construction communautaire ne doit pas être entendue comme un simple ajout. Elle constitue au contraire une véritable mutation. L'ordre juridique communautaire est dorénavant tenu de respecter des droits fondamentaux, alors que les États membres ne l'avaient pas prévu. Les juges nationaux témoignent ainsi du rôle qu'ils sont susceptibles de jouer, au sein de la révolution juridique qu'induisaient les traités de Paris et surtout de Rome⁹²⁷ ; par là, ils lui donnent une consistance toute particulière. Les États membres n'avaient certainement pas prévu une telle mutation, car ils n'avaient pas anticipé les effets des réactions juridictionnelles. En tout cas, même s'ils ont pu en entériner quelque peu les termes, leurs hésitations, toujours persistantes, entachent la place des droits fondamentaux communautaires. L'adoption de la Charte des droits fondamentaux, sans pour autant lui attribuer aucune force juridique contraignante, en constitue une illustration manifeste. La mission de la Cour de justice n'en devient que plus difficile : si elle fait suite à la novation méconnue de l'engagement communautaire (première section), elle doit tout de même faire face à une novation qui demeure, du fait des politiques, particulièrement ambivalente (seconde section).

⁹²⁴ Pour les deux citations, H. LABAYLE, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *op. cit.*, p. 32.

⁹²⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁹²⁶ À propos de l'idée d'une brèche dans la protection des individus en droit communautaire, voir W. van GERVEN, « *The Role and Structure of the European Judiciary now and in the future* », *op. cit.*, p. 213.

⁹²⁷ À propos de la distinction entre révolution politique et révolution juridique, voir *supra*, § 97.

Première section. La novation méconnue de l'engagement communautaire

453. La novation de l'engagement communautaire n'est pas appréciée à sa juste valeur. Elle témoigne pourtant de deux phénomènes singuliers dont le second, du fait de son succès en politique juridique, a pu en occulter la perception. En effet, l'introduction de droits fondamentaux communautaires a suscité de vifs émois doctrinaux. L'on s'est ainsi attelé à en identifier les sources ou encore les formules. Cependant, cette introduction n'a pu être possible que par l'acceptation, par la Cour de justice, du message envoyé par les juges nationaux. Or, alors même que la Communauté européenne n'a jamais joui d'aucune compétence générale en la matière⁹²⁸, l'accueil de ces demandes prétoriennes nationales ne devait être passé sous silence. Il témoigne au contraire du rôle spécifique que sont susceptibles de jouer les juges nationaux dans la définition de l'engagement communautaire qui n'est pas un engagement international classique. Il justifie également le principe de la reconnaissance des droits fondamentaux communautaires. Toutefois, comme il n'en existait pas au sein de la Communauté européenne, la Cour a dû recourir aux seuls outils dont elle disposait : l'héritage juridique de ses membres. Aussi s'est-elle inspirée des droits fondamentaux nationaux. En somme, légitimée par les juges nationaux (§1), la Cour de justice a pu importer des droits fondamentaux (§2) de manière à enrichir la Communauté européenne.

§1. La légitimation insinuante des juges nationaux

454. Si l'influence des juges nationaux dans l'apparition des droits fondamentaux communautaires est indéniable, elle mérite réflexion. Il s'agit évidemment d'en comprendre l'objet, soit le contenu et ses effets sur la nature de l'ordre juridique communautaire. Il s'agit cependant, avant tout, d'en saisir la justification, surtout dans le contexte du droit international sur lequel les juges ordinaires n'influent normalement pas⁹²⁹. Le sens de la légitimation de la Cour de justice à développer des droits fondamentaux communautaires par les juges nationaux (B) ne peut ainsi être saisi qu'une fois sa pertinence dégagée (A).

A. La pertinence de l'intervention

455. La question pourrait aisément se réduire au constat que la CJCE a simplement voulu protéger le droit communautaire contre le risque d'une inapplication d'abord locale, dégénérant en une inefficacité ensuite globale qui serait fatale à la validité

⁹²⁸ Pour une synthèse récente sur la question, voir J.-P. JACQUÉ, « Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. II, pp. 1007-1028.

⁹²⁹ La conclusion du traité relève en effet généralement des compétences des pouvoirs exécutifs et législatifs des États, resp. pour la négociation puis la signature et pour la ratification. Voir par ex. P.-M. DUPUY, *Droit international public, op. cit.*, § 250, pp. 268-269.

de l'ordre juridique ainsi considéré⁹³⁰. Nous risquerions toutefois de n'envisager qu'un aspect d'un problème ici beaucoup plus large. L'importance de la réaction de la CJCE témoigne effectivement de la potentialité des effets des jurisprudences nationales. Même si les juges nationaux ont été écartés du processus communautaire comme, habituellement, pour toute élaboration de traité international, ils devaient jouer un rôle essentiel dans la construction communautaire, allant jusqu'à modifier la teneur du traité CEE. La question de la reconnaissance légitimée des droits fondamentaux communautaires ne doit alors pas occulter celle de la novation de l'engagement communautaire initiée par les juges nationaux des États membres.

456. L'interrogation n'est pas simple. Elle suppose d'expliquer pourquoi les juges nationaux ont pu pousser la Cour de justice à amender les traités communautaires, alors qu'ils ne disposent normalement d'aucun pouvoir en matière diplomatique. Certes, ils sont directement concernés par la construction communautaire puisque, pour ne prendre qu'un exemple, ils sont soumis à l'obligation de la procédure préjudicielle de l'article 177 CEE devenu 234 TCE. Toutefois, cette norme ne leur confère aucunement la capacité d'exprimer leur consentement à cette fonction. Elle ne peut en tout cas pas justifier le comportement des juges nationaux vis-à-vis de l'expression de la souveraineté de l'État dont ils procèdent.

457. La réflexion peut tout de même prendre un sens si l'on cherche à distinguer, au sein des juges nationaux, les juges constitutionnels d'une part (1), et les juges ordinaires d'autre part (2). Cette dissociation n'a cependant pas pour objet de séparer arbitrairement des juges dont les actions ont eu des effets potentiellement similaires sur l'efficacité globale du droit communautaire. Elle permettra simplement de discerner les différences de motivation, ainsi que les différences de moyens utilisés, selon la nature de la mission du juge national considéré⁹³¹.

1. L'intervention des juges constitutionnels nationaux

458. La situation du juge constitutionnel national est d'autant plus prégnante qu'il fut le premier instigateur de la novation envisagée. C'est en effet la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui, la première, a dénoncé l'absence de protection de droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique communautaire⁹³². Elle fut ensuite

⁹³⁰ Nous avons d'ailleurs nous-même adopté un raisonnement similaire à propos de la progressivité du consentement national à l'ordre juridique communautaire déployé. Voir *supra*, § 97.

⁹³¹ La séparation des analyses prend d'autant plus sens que la quasi-totalité des États membres partie à la construction communautaire, qui ont développé une justice constitutionnelle, l'ont fait en référence au modèle européen, dont on peut dire que le critère distinctif essentiel d'avec le modèle américain est le caractère concentré du contrôle de constitutionnalité, dans les mains d'une cour constitutionnelle. Voir à ce sujet L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, n° 2293, 3^{ème} éd., 1996, 127 p., pp. 23-24 ou encore pp. 27-28.

⁹³² Cour constit. fédérale allemande, 29 mai 1974, *Internationale Handelsgesellschaft c/ EVGF, So lange I, BverfGE*, 37, p. 271. Voir *supra*, § 312.

suivie par la Cour constitutionnelle italienne⁹³³. Or, dans ces États, le juge constitutionnel est chargé d'une mission d'autant plus profonde que le choc des dictatures et de l'horreur révélée au sortir de la Seconde Guerre mondiale fut difficile à gérer.

459. Dans ces pays, les constituants prirent fermement conscience que le système démocratique ne suffit pas en soi à protéger les libertés. La majorité peut au contraire se révéler tyrannique, comme l'avait déjà souligné Alexis DE TOCQUEVILLE⁹³⁴. La démocratie ne peut en fait être efficace qu'à condition que les minorités soient protégées de manière à ce qu'elles soient prêtes à accéder au pouvoir aux prochaines élections⁹³⁵. La Constitution, expression juridique du contrat social, doit donc être prémunie contre les assauts d'une majorité potentiellement mue par des idéaux contraires aux droits de l'être humain, d'ailleurs même lors de la révision constitutionnelle. Les droits allemand et italien distinguent en effet « pouvoir constituant originaire » et « pouvoir constituant dérivé »⁹³⁶, ce qui légitime notamment le contrôle de constitutionnalité des normes formulées par le second par rapport aux normes énoncées par le premier⁹³⁷. Sachant que le pouvoir constituant « est [la] souveraineté [nationale] elle-même, apparaissant directement comme pouvoir originaire et suprême »⁹³⁸, il devient logique de considérer qu'est ainsi contrôlée l'expression de cette souveraineté. Et, puisque souveraineté interne et souveraineté externe ne sont que les « deux faces »⁹³⁹ d'une même réalité – le pouvoir de l'État –, le contrôle de l'expression de la souveraineté doit se faire également lorsque la souveraineté s'affirme au plan international.

⁹³³ Cour constit. italienne, arrêt n° 170 du 8 juin 1984, *Granital c/ Amministrazione delle finanze*, *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, p. 1098. Voir *supra*, § 314.

⁹³⁴ À propos de la « tyrannie de la majorité », se référer à A. de TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, Galimard, Paris, vol. I, 466 p., Deuxième partie, chap. VII. Voir également P. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, Cujas, 2^{ème} éd., 2001, 376 p., pp. 189-197, spéc. pp. 193-194.

⁹³⁵ Voir not. à ce sujet É. PICARD, « Démocraties nationales et justice supranationale : l'exemple européen » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, *op. cit.*, pp. 211-241, p. 235. Voir également *supra*, §§ 275, 353 et 355. Voir enfin à ce sujet, M. CAPPELLETTI, « Is the European Court of Justice "Running Wild" ? », *op. cit.*, p. 6 : la légitimité démocratique découle plutôt de la protection des minorités que du suivi des opinions majoritaires (référence à un ouvrage de J. ELY, *Democracy and Distrust*) ; et G. ISRAËL, « L'humanité des droits de l'homme » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. II, pp. 993-1006, p. 993 : « Les droits de l'homme, dans leur définition, ne sauraient dépendre d'une majorité à l'ONU ».

⁹³⁶ Nous remarquons toutefois que ces expressions (« pouvoir constituant originaire » et « pouvoir constituant dérivé ») sont contestées pour la confusion qu'elles génèrent. En effet, « le "pouvoir constituant originaire" ne peut être, par hypothèse, un phénomène juridique », car il repose sur la volonté politique de changer de système juridique. Aussi, « [p]uisqu'il s'agit de l'établissement de quelque chose qui n'existe pas auparavant, la question de savoir si le pouvoir qui y procède est lié par des normes juridiques est tout simplement dépourvu de sens ». Se référer spéc. à L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, §§ 131-133, pp. 98-99.

⁹³⁷ Voir à ce sujet F. MODERNE, « Réviser » la Constitution. *Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, 106 p., pp. 32-35. Voir également M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, « Le contrôle des lois constitutionnelles : commentaire de la décision n° 03-469 DC du 26 mars 2003 », *RFDC*, 2003, n° 54, pp. 374-383, pour ses commentaires sur la décision du Conseil constit. français n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, *Rec.*, p. 293, *GD* n° 53 (12^{ème} éd.).

⁹³⁸ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 160.

⁹³⁹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, t. I, § 26, p. 71.

460. Il était donc inéluctable que les juges constitutionnels allemands et italiens s'estiment compétents pour contrôler l'exercice de la souveraineté de leur État vis-à-vis de leur Constitution. Il s'agissait de vérifier que les pouvoirs chargés de l'expression de la souveraineté externe, émanant par ailleurs de la majorité politique de l'époque, n'avaient pas porté atteinte à la Constitution, essence de la souveraineté. Comme les droits fondamentaux nationaux ne trouvaient pas leurs pendants au niveau communautaire, les Cours constitutionnelles allemande et italienne ont émis une réserve quant à la primauté du droit communautaire puisqu'il était susceptible de toucher au moyen essentiel de garantir la démocratie telle que conçue dans ces États.

461. L'intérêt ainsi porté au contenu de l'engagement communautaire n'était finalement pas anormal au regard de la compétence assez classique du contrôle de constitutionnalité des traités⁹⁴⁰. Il devient toutefois original dans ses effets puisqu'il révèle le rôle que peut jouer le juge constitutionnel en matière internationale. Ce dernier peut influencer sur la teneur d'un engagement international, dans la mesure où, émanant aussi de la souveraineté nationale, il est à même d'en vérifier la préservation par les autres organes. La situation des juges ordinaires nationaux ne fait que rejoindre ce constat, si elle n'en résulte pas.

2. Le rôle des juges ordinaires nationaux

462. Longtemps cantonnés à une simple « autorité » ou « fonction » judiciaire, les juges nationaux ordinaires jouissaient d'une aura minorée. Dans cette logique, il leur a été dénié tout rôle en matière diplomatique et même internationale, puisque le Conseil d'État français se refusait même à interpréter directement une convention internationale jusqu'en 1990⁹⁴¹. Il est vrai que la fonction diplomatique relève traditionnellement déjà des deux autres pouvoirs. L'expression de la souveraineté externe de l'État ne devait ainsi pas souffrir des méfaits d'un abus de pouvoir car il était divisé. La logique profonde de la séparation des pouvoirs tendant à ce « qu'aucun organe de l'État ne puisse détenir en dehors de la Nation elle-même, la totalité des compétences attachées à la souveraineté »⁹⁴², qu'elle soit interne ou externe, semblait ainsi respectée.

463. La réalité de la pratique du pouvoir doit toutefois tempérer ce constat. On remarque en effet que le pouvoir législatif n'est plus ce qu'il était. Il dépend dorénavant pour beaucoup du pouvoir exécutif⁹⁴³, quoique celui-ci soit responsable devant celui-là.

⁹⁴⁰ Voir à ce sujet L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, op. cit., p. 56 pour l'Allemagne, p. 87 pour la France, ou encore p. 99 pour l'Espagne.

⁹⁴¹ Il opéra un revirement de jurisprudence remarqué pour indiquer qu'il ne s'en référerait désormais plus au ministre des affaires étrangères : CE, Ass., 29 juin 1990, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, Rec., p. 171, GAJA, n° 100.

⁹⁴² G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., p. 157.

⁹⁴³ La plupart des démocraties européennes sont effectivement organisées selon la logique du régime parlementaire ; les membres du gouvernement y sont donc choisis en fonction de la majorité parlementaire. Voir not. L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, op. cit., §§ 549-557, pp. 373-380. Voir également M.

Cette responsabilité est néanmoins atténuée « à l'intérieur de l'appareil majoritaire »⁹⁴⁴, par le jeu des partis politiques dont le général DE GAULLE se méfiait tant⁹⁴⁵. L'ancien juge à la CJCE PESCATORE en déduit d'ailleurs que la séparation des pouvoirs « a fait place, sournement, à un directoire politique né de la confusion entre législatif et exécutif », engendrant ce qu'il appelle le « pouvoir politique »⁹⁴⁶. Or, lorsque les pouvoirs législatif et exécutif se confondent, seul le pouvoir judiciaire est susceptible de constituer un contrepoids efficace et nécessaire au maintien d'un certain équilibre des pouvoirs, essentiel à la garantie des droits individuels. Si le professeur CARRÉ DE MALBERG considérait que les élections constituaient un rempart déterminant contre les méfaits potentiels d'un pouvoir majoré⁹⁴⁷, il faut bien constater que le juge est aujourd'hui devenu le porteur des messages des minorités, en ce qu'il « est un forum plus accessible que le Parlement »⁹⁴⁸. Le pouvoir judiciaire devient donc le protecteur naturel des minorités et, par là, le défenseur de la démocratie. En ce sens, le professeur DWORKIN évoque même l'idée d'« un pontificat laïc » pour désigner la dimension idéologique que le pouvoir judiciaire tend à prendre dans nos démocraties⁹⁴⁹.

464. Le troisième pouvoir incline ainsi à reconquérir sa fonction de représentant du peuple⁹⁵⁰. Émanant de la souveraineté nationale ou populaire, au même titre que les autres pouvoirs, il ne s'estime soumis qu'à la souveraineté et non plus aux

TROPER, « La suprématie de la constitution » in P. CHARLOT, *Utopies. Entre droit et politique. Études en hommage à Claude Courvoisier*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, coll. Sociétés, 2005, 450 p., pp. 259-269, p. 264 : « de nombreuses constitutions permettent au pouvoir exécutif d'exercer sur l'adoption des lois une influence décisive ».

⁹⁴⁴ P. PESCATORE, « La légitimité du juge en régime démocratique », *op. cit.*, p. 340.

⁹⁴⁵ C. DE GAULLE, *Discours de la place de la République*, 4 septembre 1958 in D. MAUS, *Les grands textes de la pratique constitutionnelle de la V^e République*, Paris, La documentation Française, 1998, 429 p., pp. 8-10, spéc. p. 9 ; document également disponible sur le site Internet <<http://www.charles-de-gaulle.org>> : « On sait, on ne sait que trop, ce qu'il advint de ces espoirs. On sait, on ne sait que trop, qu'une fois le péril passé, tout fut livré et confondu à la discrétion des partis. On sait, on ne sait que trop, quelles en furent les conséquences. À force d'inconsistance et d'instabilité et quelles que pussent être les intentions, souvent la valeur, des hommes, le régime se trouva privé de l'autorité intérieure et de l'assurance extérieure sans lesquelles il ne pouvait agir. Il était inévitable que la paralysie de l'État amenât une grave crise nationale et qu'aussitôt la République fût menacée d'effondrement ». Nous soulignons.

⁹⁴⁶ P. PESCATORE, « La légitimité du juge en régime démocratique », *op. cit.*, p. 339.

⁹⁴⁷ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, tome II, § 310, pp. 128-132, spéc. p. 130 à propos de sa crainte « que le système de la gradation des pouvoirs ne fasse renaître les dangers d'oppression que Montesquieu avait cherché à conjurer[...] Celui des organes qui possède la puissance étatique à son degré le plus élevé, ne va-t-il pas se trouver investi, en fait, d'un pouvoir absolu, qui redeviendra une menace pour la liberté publique et individuelle ? » À propos du rempart des élections et donc de l'opinion publique faisant que la séparation des pouvoirs « ne porte plus sur des fonctions matérielles, mais [...] tend à limiter l'influence des élus par celle des électeurs », voir § 315, pp. 140-142.

⁹⁴⁸ R. BADINTER in R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence*, *op. cit.*, p. 119.

⁹⁴⁹ R. DWORKIN « Un pontificat laïc » in R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence*, *op. cit.*, pp. 83-98, et pp. 99-139 pour le débat y afférant.

⁹⁵⁰ À propos de l'attribution, variable, de la qualité de représentant du peuple au pouvoir judiciaire, dans l'histoire constitutionnelle française, voir R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, tome II, § 370, pp. 277-281.

titulaires des autres fonctions⁹⁵¹ et se reconnaît, comme tout organe étatique, sujet officialisé du droit international public⁹⁵². Il lui devient dès lors possible de s'affranchir des appréciations du pouvoir politique, dans la mesure où il en respecte les attributs. Notamment, il s'émancipe des autorités diplomatiques au point d'interpréter lui-même les traités⁹⁵³. Il peut ainsi en développer les potentialités, et même en lire les silences. En tant qu'acteur du droit international, il est tout de même tenu d'en respecter la teneur et spécialement en ce qui concerne le droit communautaire, puisqu'il est soumis à l'autorité de la CJCE. Il peut, cependant, exercer une influence notable, quoique indirecte ou implicite, dans l'interprétation du droit communautaire. Comme nous le verrons plus loin⁹⁵⁴, le fait de poser certaines questions préjudicielles ou la manière de les poser peut en effet obliger la Cour de justice à prendre position sur certaines controverses. Pour sa part, la Cour de justice ne néglige pas le point de vue de ce pouvoir, expression révélée toute aussi importante de la souveraineté des États qu'elle est tenue de respecter. Le juge ordinaire national est donc en mesure de participer à la définition du droit communautaire, autrement dit, des obligations contractées par les États membres.

465. En somme, le juge ordinaire national est susceptible de moduler les obligations de droit international qu'a contractées l'État dont il procède. Son rôle interprétatif rejoint en fait celui du juge constitutionnel national, même si les effets en sont beaucoup plus médiats. Malgré les propos de la doctrine classique en la matière, tous deux peuvent bien s'opposer, quoique différemment, à l'expression de la souveraineté externe ou, en tout cas, la nuancer. Ils étaient donc en mesure d'estimer que l'engagement communautaire devait être complété par la protection de droits fondamentaux et, en tant qu'émanation ou expression de la souveraineté étatique, d'engager la Cour de justice dans ce sens.

B. Le sens de l'intervention

466. Puisque, en théorie, la novation de l'engagement communautaire initiée par les juges nationaux était possible, elle aboutit à l'enrichissement de la construction communautaire par des droits fondamentaux. Il s'agit toutefois de comprendre si cet enrichissement a pu transformer la nature de l'engagement communautaire au-delà de son contenu. Certes, nous avons déjà expliqué que la construction communautaire n'avait pas engendré une Communauté de droit modernisée⁹⁵⁵. Évidemment, il était logique que les États n'avaient pas pu vouloir porter atteinte à leurs droits fondamentaux, ni aux

⁹⁵¹ Le doyen VEDEL énonce ainsi que « Le juge doit obéir à la loi non aux parlementaires ou aux ministres » in *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, réédité par Paris, Dalloz, 2002, 616 p., p. 161.

⁹⁵² Se référer, sur cette question, à H. KELSEN, *Controverse sur la Théorie pure du droit. Remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, coll. Les introuvables, Paris, 2005, 186 p., p. 148.

⁹⁵³ Pour la France, voir *supra*, § 462, note n° 939.

⁹⁵⁴ Sur ce point, voir *infra*, §§ 700 et s.

⁹⁵⁵ Voir *supra*, §§ 298 et s.

droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique communautaire alors même qu'ils s'engageaient devant la CESDH. La novation de l'engagement communautaire considérée n'induisait toutefois que l'élaboration d'une protection des droits fondamentaux en droit communautaire. Elle n'emportait pas que ces derniers deviennent un élément constitutif de l'ordre juridique communautaire, de la même manière que la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne l'exige pas pour le *Rechtsstaat*⁹⁵⁶. Cette novation a pu cependant exercer une certaine influence sur chacun des caractères de ce qui est devenu, par la suite, la Communauté de droit.

467. D'abord, la novation de l'engagement communautaire a pu révéler les particularités de la hiérarchie des normes communautaires. Comme nous l'avons déjà souligné, l'ordre juridique communautaire a besoin des normes nationales de concrétisation pour être globalement efficace et ainsi valide⁹⁵⁷. Autrement dit, il a besoin de normes qui, lui étant extérieures, lui échappent même si elles lui demeurent inférieures. L'ambiguïté générée est, dès lors, particulièrement renforcée, ce qui explique l'attention de la Cour de justice portée aux prises de positions nationales et, donc, son acceptation de la novation instiguée.

468. Ensuite, la reconnaissance légitimée des droits fondamentaux communautaires devait influencer sur le système de garantie des normes communautaires. Il est en effet probable que les juges nationaux ont attendu de la CJCE le respect des seules conditions de légitimité qu'ils connaissaient à l'époque, soit celles qu'eux-mêmes devaient appliquer⁹⁵⁸. Or, il est souvent considéré que la légitimité du juge dépend de sa capacité à protéger efficacement les droits fondamentaux⁹⁵⁹, quitte à compléter le texte d'un pouvoir politique dont ils ont de plus en plus l'habitude des lacunes⁹⁶⁰. Ils

⁹⁵⁶ Voir à ce sujet K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat: verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, 569 p., pp. 444 et p. 523 dont les propos ici pertinents sont traduits *supra*, § 274, note n° 517. Sur la question de la place des droits fondamentaux au sein d'une « structure de droit », se référer plus généralement au chapitre relatif aux « droits fondamentaux communautaires : un caractère controversé », *supra*, §§ 265 et s.

⁹⁵⁷ À propos du paradoxe de la concrétisation, voir *supra*, §§ 131 et s.

⁹⁵⁸ M. LAGRANGE soulignait en effet l'existence d'« un certain décalage entre d'une part la formation (et l'information) des juristes et, d'autre part, la connaissance du droit européen ». Se référer à M. LAGRANGE, « Les obstacles constitutionnels à l'intégration européenne », *RTDE*, 1969, pp. 242-254, p. 253. Heureusement, la situation a pu évoluer sur ce point, comme le remarquent H. SCHEPEL et R. WESSELING in H. SCHEPEL et R. WESSELING, « *The Legal Community : Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe* », *ELJ*, 1997, pp. 165-188.

⁹⁵⁹ Voir not. P. PESCATORE, « La légitimité du juge en régime démocratique », *op. cit.*, p. 343 : l'auteur y envisage « 1. La protection des droits individuels, première parmi les multiples tâches du juge ». Nous pouvons également citer l'article 66 de la Constitution française qui fait de l'« autorité judiciaire » la « gardienne de la liberté individuelle ». Le développement du contrôle judiciaire aux États-Unis s'est même fait « sous le couvert des "déclarations de droits" », selon É. LAMBERT in *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, *op. cit.*, pp. 38-50.

⁹⁶⁰ S. BREYER explique ainsi que « les législateurs américains transfèrent assez souvent des pouvoirs aux cours en rédigeant des lois vagues dont chaque parlementaire espère l'interprétation la plus favorable ». De la même manière, D. GRIMM considère que les politiques sont capables de ne pas savoir exactement ce qu'ils font lorsqu'ils légifèrent. R. BADINTER considère également que les débats organisés au Parlement sont « souvent médiocre[s] » et donc « très décevants ». Il en comprend d'ailleurs les causes du « déclin du

attendaient donc que la Cour respectât les droits fondamentaux et qu'elle en développât une garantie, même si celle-ci n'était pas prévue dans les textes communautaires. Cette demande confortait, dès lors, la pratique déjà existante de lecture interprétative des traités justifiant l'identification de PGDC. Elle légitimait, en fait, que le juge communautaire ne s'estimait pas être un juge international classique, auquel le déni de justice ne s'oppose pas⁹⁶¹. Les juges nationaux devaient ainsi concourir à la particularisation de la justice communautaire qui la rapprocha, par la suite, du modèle de la garantie des normes attendue dans toute « structure de droit ». Les juges nationaux préparaient alors le terrain à l'introduction du concept de « Communauté de droit », qui devait, paradoxalement, eux-mêmes les rassurer⁹⁶².

469. Enfin, la novation initiée par les juges nationaux avait pour objet d'introduire des droits fondamentaux, et leur protection au sein de la construction communautaire. Si elle n'a pas eu pour effet de « moderniser » ce qui est devenu la Communauté de droit, il est probable, au regard des thèses doctrinales majoritaires⁹⁶³, que les juges nationaux ont cru le contraire. Conscients des exigences de toute « structure de droit » modernisée, ils ne se sont alors pas contentés d'une simple référence aux droits fondamentaux, comme dans l'arrêt *Stauder* de la CJCE⁹⁶⁴. Ils ont au contraire exigé un certain niveau de protection, finalement comparable à celui qu'ils pratiquaient en droit national. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a ainsi milité pour l'élaboration d'« un catalogue en vigueur de droits fondamentaux, arrêté par un Parlement et correspondant au catalogue des droits fondamentaux consacré par la Loi fondamentale »⁹⁶⁵. Aussi, comme le reconnaît le professeur GAUDIN, « la jurisprudence

Parlement ». Voir R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence*, op. cit., resp., p. 50, p. 45 et p. 120.

Il peut d'ailleurs être ici fait mention des critiques successives, parmi les plus hautes autorités de l'État français, d'une loi française qui décline de plus en plus en qualité. La critique de la « loi bavarde » a débuté au sein de la décision du Conseil constit., n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Rec., p. 72, annoncée par P. MAZEAUD, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP G*, 2005, actualité, n° 70, pp. 245-246. Le mouvement initié trouve aujourd'hui un écho dans les rapports d'activités 2005 du Conseil d'État et du Médiateur de la République. Voir resp. *Rapport public 2006. Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, Paris, 2006, 411 p., disponible sur Internet : <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000245/0000.pdf>> ; et les dénonciations habituelles des dispositions trop complexes, not. en matière fiscale, *Rapport remis au Président de la République le 27 mars 2006*, disponible sur Internet : <http://www.mediateur-republique.fr/fic_bdd/pdf_fr_fichier/rapport2005.pdf>.

⁹⁶¹ À propos de la distinction entre juge international et juge interne, voir *supra*, §§ 423 et s.

⁹⁶² L'arrêt *Les Verts*, dans lequel la CJCE dégage l'existence de la Communauté de droit, précède en effet l'arrêt *So lange II* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans lequel cette dernière réfrène particulièrement le caractère revendicatif de son propos. Voir, resp., CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement*, aff. 294/83, Rec. p. 1339, pt 23 ; et Cour constit. fédérale allemande, 22 octobre 1986, *Wünsche Handelsgesellschaft, dite « So lange II »*, BverfGE (Rec.) 73, p. 339 ; et *supra*, § 315.

⁹⁶³ Voir *supra*, §§ 23, 265 et 266.

⁹⁶⁴ Voir *supra*, §§ 306-307.

⁹⁶⁵ Cour constit. fédérale allemande, 29 mai 1974, *Internationale Handelsgesellschaft c/ EVGF, So lange I*, BverfGE, 37, p. 271. Nous soulignons.

communautaire et la Cour de justice doivent se situer à un niveau égal voire supérieur aux juridictions constitutionnelles nationales »⁹⁶⁶.

470. Or, comme la Cour ne disposait d'aucun catalogue de droits fondamentaux, elle ne pouvait atteindre le niveau requis. Soucieuse de rassurer les attentes des juges nationaux, mais aussi de valoriser leur rôle fondamental révélé dans la construction communautaire, elle devait toutefois trouver une solution. Elle s'est en fait inspirée des attentes des juges nationaux dont l'étalon de mesure n'était autre que leurs droits nationaux. La Cour a ainsi dégagé les droits fondamentaux communautaires en référence aux droits fondamentaux existants en dehors du droit communautaire. Elle devait par là enrichir ce qui est devenue la Communauté puis l'Union de droit avec des droits fondamentaux exogènes.

§2. L'importation de droits fondamentaux exogènes

471. Afin d'introduire des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique communautaire, la Cour de justice utilisa le seul outil qui lui permettait, légitimement, de compléter le texte des traités : les PGDC. Sa première évocation des droits fondamentaux se fit ainsi par leur médiation. Dans son arrêt *Stauder*, elle se fonda en effet sur « les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect »⁹⁶⁷. Seulement, comme nous l'avons déjà expliqué, la Cour n'avait pas précisé son propos et ne rassurait qu'insuffisamment les juges nationaux⁹⁶⁸. Elle profita alors de l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft* pour définir les droits fondamentaux communautaires en référence aux droits fondamentaux nationaux. Elle énonça, à cette occasion, que « la sauvegarde de ces droits [fondamentaux], tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté »⁹⁶⁹.

472. On aurait ainsi pu croire que l'opération de séduction avait réussi. La Cour de justice avait en effet trouvé le moyen de compléter l'engagement communautaire avec un outil qui émanait des États membres eux-mêmes, et qui limitait en même temps le risque de représailles des pouvoirs politiques nationaux. Les traditions constitutionnelles communes se révèlent toutefois être d'un maniement difficile, spécialement en ce que l'opération de droit comparé qu'elles impliquent entre, aujourd'hui, vingt-cinq ordres juridiques différents, se révèle laborieuse non seulement dans sa démarche mais également dans l'utilisation du résultat obtenu⁹⁷⁰. La Cour a alors rapidement complété

⁹⁶⁶ H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *op. cit.*, p. 219.

⁹⁶⁷ CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder c/ Ville d'Ulm – Sozialamt*, aff. 26/69, *Rec.*, p. 419, pt 7.

⁹⁶⁸ Voir *supra*, §§ 306 et s.

⁹⁶⁹ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, *Rec.*, p. 1125, pt 4.

⁹⁷⁰ À ce sujet, se référer spéc. à L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., 2005, 576 p., §§ 608-610, pp. 460-461.

ses sources d'inspiration par des outils directement opérationnels. Elle a ainsi considéré que « les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire »⁹⁷¹. Elle devait conférer ensuite à la CESDH un rôle particulier, spécialement à partir du moment où la totalité des États membres l'avait ratifiée⁹⁷².

473. La Cour de justice s'est en fait de plus en plus appuyée sur la CESDH. De nombreux droits fondamentaux communautaires, voire la plupart, ont ainsi vu le jour⁹⁷³. Pour autant, la CESDH ne procède pas de la même logique que la construction communautaire. Si la première est « éthique », le seconde serait plutôt « économique »⁹⁷⁴. Certes, les deux concepts ne sont pas antinomiques, contrairement aux idées reçues⁹⁷⁵. La révélation que les droits civils et politiques, d'une part, et les droits économiques et sociaux, d'autre part, pouvaient se compléter ou du moins s'articuler, ne fut toutefois que postérieure⁹⁷⁶. Lorsque la CJCE décida de se fonder sur la CESDH, elle décida donc d'utiliser un outil qui apparaissait particulièrement inadapté, si ce n'est contraire, au besoin de la Communauté encore *économique* européenne à l'époque. La CESDH présentait cependant l'avantage de rasséréner des juges et acteurs nationaux, face à un outil qu'ils devaient déjà par ailleurs respecter. Elle constitua, à ce titre, un instrument d'apaisement particulièrement efficace⁹⁷⁷. Elle demeurerait pourtant potentiellement inadaptée. Seulement, du fait d'une légitimité qui n'était pas sans mesure, la Cour ne disposait pas d'outils illimités et devait se tourner vers des apports extérieurs. En outre, puisque les traditions constitutionnelles communes aux États membres n'étaient pas suffisantes, il lui fallait bien se référer aux éléments qu'utilisaient les juges nationaux et qui leur permettaient d'évaluer la qualité de la protection des droits fondamentaux communautaires. La CESDH constitua finalement une échappatoire ou un moyen

⁹⁷¹ CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c/ Commission*, aff. 4/73, *Rec.*, p. 491, pt 13.

⁹⁷² CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili c/ Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, *Rec.*, p. 1219, pt 32.

⁹⁷³ À ce sujet, voir par ex. J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, *op. cit.*, pp. 278-279.

⁹⁷⁴ À propos de la distinction de ces deux Europe, voir M. DELMAS-MARTY, « Désordre mondial et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 644.

⁹⁷⁵ L'économie et le social, l'éthique ou le philosophique sont en effet quasi systématiquement opposés, en référence plus ou moins directe, au fondateur de l'économie politique – Adam SMITH – qui semble avoir séparé les deux domaines. Il est vrai que cet auteur a pu rédiger deux ouvrages distincts développant, d'une part, une philosophie morale de la sympathie et, d'autre part, le libéralisme économique. S'en dégage le parfum du « paradoxe d'Adam Smith ». Pour autant, l'auteur n'a jamais renié ni l'un ni l'autre, les deux ouvrages ayant été réédités ou préparés à la réédition jusqu'à la fin de sa vie. Il faut donc bien accepter que l'économie et le philosophique peuvent être combinés, comme le démontre d'ailleurs Jean MATHIOT. Voir à ce sujet J. MATHIOT, *Adam Smith. Philosophie et économie. De la sympathie à l'échange*, Paris, PUF, coll. Philosophies, 1990, 125 p. ; et les ouvrages correspondants d'A. SMITH : *Théorie des sentiments moraux*, 1759, réédité chez Paris, PUF, coll. Quadrige, 2003, 469 p. ; et *Recherches sur la nature et les causes de la Richesse des Nations*, 1776, réédité chez Paris, Flammarion, 1991, vol. 1, 537 p. et vol. 2, 639 p.

⁹⁷⁶ Voir à ce sujet M. DELMAS-MARTY, « Désordre mondial et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 642 réfléchissant à propos de CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, req. n° 6289/73, série A, n° 32.

⁹⁷⁷ Voir *supra*, §§ 313 et s.

détourné (B), en réponse au caractère non opérationnel des traditions constitutionnelles communes aux États membres (A).

A. Des traditions constitutionnelles communes non opérationnelles

474. Les traditions constitutionnelles communes aux États membres ont en fait pour objet de dégager, par une opération de droit comparé, les éléments transcendants ou transversaux aux ordres juridiques européens. Dès lors, elles présentent l'avantage d'avoir une image rassurante pour les acteurs nationaux, soucieux de la pérennité de leur souveraineté étatique, puisqu'ils s'attendent à recevoir leurs propres concepts juridiques.

475. L'image ainsi véhiculée ne peut toutefois qu'être quelque peu trompeuse. Les traditions constitutionnelles ont pour vocation d'inspirer l'élaboration d'un PGDC. Elles ne sont donc pas transposées telles qu'elles, mais nécessairement adaptées au droit communautaire⁹⁷⁸. À l'instar de la CEDH, la Cour de justice est en effet contrainte de développer ses concepts autonomes, de manière à dégager l'interprétation du droit communautaire des divergences nationalisées de lecture des traités⁹⁷⁹. Elle adapte ainsi les outils juridiques aux besoins du droit communautaire. En outre, elle témoigne par là d'un phénomène négligé : le système communautaire ne peut profiter de la maturité des systèmes nationaux de protection des droits fondamentaux puisque le droit communautaire résulte de la confrontation de plusieurs traditions juridiques différentes, au moins pour ce qui concerne les droits fondamentaux. Or, les résultats de cette confrontation ont pu évoluer à mesure des élargissements successifs. Certes, chaque nouvel État membre est tenu d'accepter l'acquis communautaire⁹⁸⁰. Toutefois, cela ne signifie pas que les droits nationaux deviennent identiques. Bien au contraire, la variabilité a pu théoriquement augmenter et accroître la difficulté d'utilisation des traditions constitutionnelles communes.

476. Certains ont ainsi cru pouvoir considérer que les traditions constitutionnelles communes n'ambitionnaient pas de trouver un compromis entre les différentes tendances nationales, mais de dégager un « standard maximum »⁹⁸¹. L'outil deviendrait alors particulièrement propice au développement progressiste des droits fondamentaux communautaires, ce qui n'est en fait pas le cas. La Cour ne peut en effet

⁹⁷⁸ La Cour l'induisait elle-même dans son arrêt CJCE, 17 décembre 1970, CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, *Rec.*, p. 1125, pt 4 : « la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté ». Nous soulignons.

⁹⁷⁹ À propos des « notions autonomes » de la CESDH, se référer à F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, §§ 161-162, pp. 232-234.

⁹⁸⁰ Voir not. à ce sujet P. PESCATORE, « Aspects judiciaires de l' "acquis communautaire" », *RTDE*, 1981, pp. 617-651 ; ou encore, plus récemment, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'acquis et l'élargissement de l'Union », *RAE*, 2001-2002, pp. 805-814.

⁹⁸¹ Voir par ex. G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2006, 539 p., pp. 255-256.

légitimement construire sa protection des droits fondamentaux qu'en considération des besoins communautaires, et non d'une philosophie politique plus large qui n'existait d'abord pas dans l'ordre juridique communautaire et qui demeure de toute façon encore limitée aujourd'hui⁹⁸². En outre, elle ne correspond pas à la position de la CJCE qui adopte une démarche intéressée surtout par la promotion de l'intégration, plutôt que par le développement *stricto sensu* des droits fondamentaux⁹⁸³. Elle refuse ainsi de déduire une tradition constitutionnelle commune « de la situation juridique d'un seul État membre »⁹⁸⁴, alors même que l'idée de « standard maximum » induirait, d'une certaine façon, le principe contraire.

477. De quelque manière que l'on entende les traditions constitutionnelles communes, elles présentent, en tout état de cause, un défaut congénital, annihilant même l'avantage essentiel de leur utilisation. Que ce soit par le compromis ou par la recherche du « standard maximum », les traditions constitutionnelles communes vont s'affranchir des origines nationales. Il est ainsi fort probable que la majorité des acteurs nationaux seront confrontés à des éléments potentiellement différents, voire contraires, à leurs propres droits fondamentaux. Le risque d'incompréhension sera alors d'autant plus grand que les acteurs nationaux, rassurés par l'intitulé « traditions constitutionnelles communes aux États membres », auront attendu quelque chose de connu. Le risque de perte de confiance en la CJCE paraissait, à notre sens, trop important au moment même où la Cour s'évertuait à construire un dialogue des juges soutenu⁹⁸⁵. Nous pensons donc que la Cour de justice n'avait aucun intérêt à promouvoir de telles traditions.

478. Nécessitant un travail de droit comparé important, voire laborieux, les traditions constitutionnelles communes aux États membres ne présentaient finalement qu'une utilité limitée. L'effort était, en outre, d'autant plus improductif qu'un autre outil, entre-temps devenu disponible, présentait le double avantage de la simplicité d'utilisation et de la capacité à rassurer les acteurs nationaux. Les traditions constitutionnelles communes devaient ainsi être « marginalisées »⁹⁸⁶ au profit de la CESDH qui, pourtant, n'était pas vraiment adaptée aux besoins de la construction communautaire.

B. Le faux-fuyant de la CESDH

479. Dans son arrêt *Rutili* du 28 octobre 1975, la Cour de justice confère un rôle particulier à la CESDH. Elle s'y réfère pour fonder un principe général tendant à circonscrire les limitations portées aux droits fondamentaux « en vertu des besoins de l'ordre et de la sécurité publics »⁹⁸⁷. Les États ne peuvent ainsi se justifier qu'à condition

⁹⁸² Voir *infra*, §§ 487 et s.

⁹⁸³ Se référer not. à L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, § 610, p. 461.

⁹⁸⁴ Pour un ex. récent, voir TPICE, 5 avril 2006, *Degussa AG c/ Commission*, aff. T-279/02, *Rec.*, p. II-897, pt 73.

⁹⁸⁵ Voir *infra*, §§ 687 et s.

⁹⁸⁶ Voir spéc. L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, § 611, pp. 461-462.

⁹⁸⁷ CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili c/ Ministre de l'intérieur*, aff. 36-75, *Rec.*, p. 1219, pt 32.

que les limitations invoquées ne dépassent pas « le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins "dans une société démocratique" »⁹⁸⁸.

480. Si la Cour n'a « jamais révélé » officiellement « la raison juridique de la reconnaissance des effets de la Convention dans le cadre communautaire »⁹⁸⁹, il faut bien constater que cette reconnaissance fait suite à la ratification de la CESDH par le dernier État membre de la Communauté économique européenne qui ne l'avait jusque-là pas effectué. La France n'a en effet ratifié ce texte que le 3 mai 1974⁹⁹⁰. « L'arrêt *Rutili* aura été ainsi la première conséquence tangible de cette ratification »⁹⁹¹.

Il était en outre difficile pour la Cour de justice d'avouer les raisons essentielles de son recours à cet outil. Elle avait pour objectif « de désarmer [...] les craintes que nourrissaient les Cours suprêmes de certains États membres vis-à-vis de l'absence de protection des droits fondamentaux de la personne humaine dans la Communauté » et l'exercice a réussi⁹⁹². Il est toutefois plus que probable qu'il n'en aurait pas été de même si les destinataires en avaient été informés. La connaissance de la motivation annihile en effet tout effet manipulateur : avoir conscience de l'effet bénéfique de sa contestation en matière de droits fondamentaux n'est pas la même chose qu'être rassuré par un outil instrumentalisé au profit, non spécialement des droits fondamentaux, mais surtout de la primauté du droit communautaire et de son effet direct. La connaissance du dialogue des juges peut toutefois conduire à nuancer cette vision⁹⁹³. Ayant particulièrement pris conscience de la révolution juridique initiée, les juges nationaux auraient très bien pu agir de conserve avec la CJCE pour inciter les pouvoirs politiques à assumer les conséquences de leurs décisions. La réalité est peut-être à mi-chemin...

481. Face aux insuffisances des traditions constitutionnelles communes aux États membres, la Cour de justice a en tout cas recherché un outil rassurant, que ce soit à l'endroit des juges nationaux, des pouvoirs politiques nationaux, ou des deux. Pour ce faire, celui-là devait non seulement concerner les droits de l'homme, mais aussi être connu et accepté de l'ensemble des États membres. La CESDH devait remplir ces conditions.

⁹⁸⁸ *Id.*

⁹⁸⁹ P. PESCATORE, « La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'Homme » in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne - Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, 750 p., pp. 441-455, p. 441. Voir également J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 278.

⁹⁹⁰ Voir le tableau récapitulatif des *Dates de Ratification de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, disponible sur Internet : <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Basic+Texts/Basic+Texts+of+ratification+of+the+European+Convention+on+Human+Rights+and+additional+Protocols/>>.

⁹⁹¹ P. PESCATORE, « La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 443.

⁹⁹² J.-P. PUISOCHET, « La Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de l'homme », in *Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Protection des Droits de l'homme : la perspective européenne*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 1587 p., pp. 1139-1151, p. 1140.

⁹⁹³ Voir *infra*, §§ 690 et s.

Signée le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953⁹⁹⁴, la CESDH dispose, en premier lieu, d'une vocation naturelle à protéger les droits de l'être humain. Émanant du « club des démocraties »⁹⁹⁵ que constitue le Conseil de l'Europe, elle développe une liste de droits en des termes suffisamment généraux, « à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques »⁹⁹⁶. Elle asseoit également une garantie novatrice. La CEDH, créée le 1^{er} janvier 1959⁹⁹⁷, devait véritablement jouer un rôle particulièrement efficace, ne serait-ce que par le fait qu'elle est accessible aux individus grâce à un recours contentieux⁹⁹⁸. La CESDH apparaît donc comme un forum spécialisé à propos des droits de l'être humain disposant, par là, et quels que soient les points de vue nationaux, d'une légitimité beaucoup plus grande que la construction communautaire en la matière⁹⁹⁹.

Dorénavant applicable à tous les États membres de la Communauté économique européenne, la CESDH était, en second lieu, connue de tous les États membres. Son utilisation devait, en outre, éviter de poser les problèmes d'interprétation en terme de conflit entre les normes nationales et communautaires. Les différences entre les PGDC inspirés par la CESDH et les droits fondamentaux nationaux ne seraient effectivement pas imputées à la CJCE, mais à la CESDH telle qu'expliquée par la CEDH. La Convention de 1950 devait ainsi constituer une parade particulièrement efficace à la méfiance des juges nationaux envers le droit communautaire tel qu'interprété par la Cour de justice.

482. La CESDH présente néanmoins des différences essentielles par rapport au droit communautaire qui auraient pu alerter sur son instrumentalisation. Ces deux traités n'obéissent pas à la même logique. D'une part, et parce que le juge européen n'était pas singularisé de la manière que le fut le juge communautaire, il devait adopter des méthodes de raisonnement différentes, finalement analogues à celles de tout juge international. Déjà soulignée avant même la jurisprudence *Rutili*¹⁰⁰⁰, la « nature purement

⁹⁹⁴ Pour ces rappels temporels, voir C. STARCK, « La protection des droits de l'homme - Quelles procédures ? », *REDP*, 2001, pp. 121-137, p. 121.

⁹⁹⁵ F. SUDRE, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système de protection des droits de l'homme », *JCP G*, 1998, n° 1-2, pp. 9-16, p. 9. Voir également la qualification de « rôle d'un véritable stage d'apprentissage de la démocratie sinon celui d'un sas de décontamination » par H. LABAYLE, « L'Union européenne et les droits fondamentaux - Un espace véritable de liberté ? », *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 581-593, p. 583.

⁹⁹⁶ N. VALTICOS, « Interprétation juridique et idéologies » in *Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Protection des Droits de l'homme : la perspective européenne*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 1587 p., pp. 1471-1482, p. 1471.

⁹⁹⁷ C. STARCK, « La protection des droits de l'homme - Quelles procédures ? », *op. cit.*, p. 121.

⁹⁹⁸ Voir not. à ce sujet F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, § 62, pp. 92-93.

⁹⁹⁹ Pour une opinion d'un auteur d'obédience juridique non française, voir C. TURNER, « *Human Rights Protection in the European Community : Resolving Conflict and Overlap Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights* », *EPL*, 1999, pp. 453-470, p. 459.

¹⁰⁰⁰ Comme le relève le professeur WAELBROECK, Max SRENSSEN, professeur à la Faculté de droit de l'Université danoise d'Aarhus et membre de la Commission européenne des droits de l'homme à l'époque, estimait que « la Convention n'impose aux États l'obligation de lui donner effet directement ; il suffit qu'aucune disposition de leur droit national ne soit en conflit avec elle. Il n'est pas sans pertinence, estime-

logique de la relation qui unit la Convention européenne aux droits internes signifie que le pouvoir exercé par la Cour européenne se limite à constater l'inférence logique entre la norme internationale et la transposition imputée à l'État »¹⁰⁰¹. La jurisprudence de la CEDH est alors empreinte d'un « *self-restraint* » évident, quoique assez aléatoire¹⁰⁰², aboutissant de toute façon à « une méthode très différente d'évaluation des intérêts en conflit »¹⁰⁰³. Il ne nous semble donc pas très pertinent de vouloir s'inspirer directement de résultats dont les logiques diffèrent de l'ordre juridique communautaire. Le risque d'inadaptation est prégnant. Il est certes vrai que la CEDH a pu évoluer vers un certain activisme, spécialement décrié par les constitutionnalistes¹⁰⁰⁴, et s'approcher ainsi du modèle du juge « qui n'est plus international ». Toutefois, et d'autre part, elle ne pourra jamais aller jusqu'à reconnaître des droits économiques et sociaux en tant que tels, puisque non inclus dans la CESDH¹⁰⁰⁵, alors même qu'il s'agit des droits fondamentaux dont la construction communautaire a le plus besoin. Au moins matériellement, la CESDH ne pouvait ainsi pas « relégu[er] les principes généraux du droit au musée archéologique des théories du droit communautaire »¹⁰⁰⁶.

483. La CESDH constitua en somme un outil très efficace par défaut. Elle devait pallier les carences que présentait le droit communautaire en matière de droits fondamentaux que les traditions constitutionnelles communes aux États membres n'étaient pas en mesure de combler. À y regarder de plus près, il s'agissait surtout de répondre aux soucis des juges constitutionnels nationaux, afin de pérenniser la primauté du droit communautaire. Comme les traditions constitutionnelles communes ne pouvaient suffire, le recours à la CESDH fut une aubaine que la CJCE ne devait pas manquer. Cette Convention de 1950 n'en constitue pour autant pas une panacée. Outil non conçu pour un objectif communautaire, elle ne présente pas les éléments qui lui sont nécessaires. Elle ne peut alors apparaître que comme un outil bien imparfait, même si

t-il, de constater que six États signataires n'ont jamais rendu la Convention applicable immédiatement dans leur ordre interne, sans que cette circonstance ait soulevé la moindre observation de la part des autres parties contractantes ». L'argument fut toutefois critiqué lors des discussions qui ont suivi cet exposé, notamment par le professeur VELU. Voir M. Waelbroeck, « Le colloque de Vienne sur la Convention Européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 1965, pp. 553-566, p. 554.

¹⁰⁰¹ F. RIGAUX, « Logique et droits de l'homme » in *Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Protection des Droits de l'homme : la perspective européenne*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 1587 p., pp. 1197-1211, § 5, pp. 1198-1199.

¹⁰⁰² À propos du « manque certain de cohérence de l'interprétation de la Convention résultant de la jurisprudence de Strasbourg », voir P. WACHSMANN, « Conclusions » in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 354 p., pp. 335-352, spéc. pp. 344-347.

¹⁰⁰³ F. RIGAUX, « Logique et droits de l'homme », *op. cit.*, § 15, p. 1206.

¹⁰⁰⁴ Pour une critique percutante des développements du contrôle de la CEDH sur les procédures devant le juge constitutionnel, voir L. FAVOREU, « Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*

¹⁰⁰⁵ À propos du « cantonnement des droits garantis à ceux impliqués par le libéralisme politique » et donc de la carence de la CESDH en matière sociale, mais également en matière culturelle, déjà soulignés par M. MERLE, dans sa chronique in *RDP*, 1951, pp. 705-725, pp. 709-710, voir P. WACHSMANN, « Conclusions », *op. cit.*, pp. 336-337

¹⁰⁰⁶ L. DUBOIS, « Les principes généraux du droit communautaire, un instrument périmé de protection des droits fondamentaux ? » in *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau. Les mutations contemporaines du droit public*, Paris, Dalloz, 2002, 720 p., pp. 77-90, p. 82. Voir également pp. 88-89.

l'intérêt politique devait faire primer le progrès, tout de même incontestable, en matière de droits de l'être humain.

484. Cet échange entre juges communautaire et nationaux devait, quoiqu'il en soit, révéler la difficulté de la construction communautaire à gérer un élément devenu entre-temps inévitable dans le contexte des États de droit européens modernisés : les droits fondamentaux. Soucieuse de respecter sa légitimité institutionnelle ou éthique en vertu des légitimations, que ce soit des pouvoirs politiques ou des pouvoirs judiciaires y afférant, la CJCE ne s'estima pas compétente pour se substituer à l'appréciation des États membres. La novation de l'engagement communautaire n'avait en effet permis que de compléter le droit communautaire avec des outils connus des droits nationaux, et non d'en transformer complètement la teneur. La légitimation des juges ne devait que se combiner à celle préexistante des pouvoirs politiques et ne pas s'y substituer. Les pouvoirs politiques étaient donc appelés à résoudre la difficulté ainsi révélée. S'ils entendirent le message, ils ne l'écouterent pas forcément. En tout cas, ils n'y donnèrent qu'une suite limitée, ce qui ne devait pas simplifier la tâche du juge communautaire.

Seconde section. La novation ambivalente de la mission des juges

485. Directement confrontée à la contestation des juges constitutionnels nationaux, la CJCE s'en référa plus ou moins directement aux pouvoirs politiques des États membres, en ce qu'ils portent également la « puissance constitutive » communautaire. Les institutions devaient en outre accompagner la Cour dans son opération de sensibilisation des États membres à la question de la protection des droits fondamentaux au sein de la construction communautaire. La Déclaration commune du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur les droits fondamentaux du 5 avril 1977¹⁰⁰⁷ avait en effet pour objet de signaler que :

- « 1. Le Parlement européen, le Conseil et la Commission soulignent l'importance primordiale qu'ils attachent au respect des droits fondamentaux tels qu'ils résultent notamment des Constitutions des États membres ainsi que de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.
2. Dans l'exercice de leurs pouvoirs et en poursuivant les objectifs des Communautés européennes, ils respectent et continueront à respecter ces droits ».

486. Alors que le Conseil qui n'est pas autre chose que la réunion des représentants des gouvernements¹⁰⁰⁸ y avait pris part, on aurait pu croire que les États membres comprenaient le besoin de droit communautaire en matière de droits fondamentaux et y remédieraient. Leur attitude fut toutefois pour le moins timorée. S'ils

¹⁰⁰⁷ JOCE, C 103 du 27 avril 1977, pp. 1-2.

¹⁰⁰⁸ Parmi de nombreuses contributions, voir par ex. G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, op. cit., pp. 75-76.

profitèrent du Traité de Maastricht et de la création de l'Union européenne pour intégrer la protection des droits fondamentaux parmi les objectifs de la construction communautaire, leur légitimation apparut relativement limitée (§1). La mesure de leur action devait ainsi maintenir le juge communautaire dans une situation quelque peu ambivalente (§2).

§1. La légitimation inachevée des pouvoirs politiques nationaux

487. L'élaboration d'une véritable Union européenne signifiait inmanquablement un approfondissement de l'intégration des États membres. Le traité de Maastricht marque en effet « une étape décisive dans une édification de l'Europe dont il vise à modifier la nature en transformant les finalités »¹⁰⁰⁹. Annoncé par l'Acte unique européen et prolongé par le traité d'Amsterdam, il devait transformer la logique du marché en une logique politique¹⁰¹⁰. Ce traité constituait dès lors l'occasion propice pour affirmer l'attachement de la construction communautaire aux droits fondamentaux. C'est d'ailleurs ce qu'il fit en son article F, § 2. Cette disposition fut en outre par la suite complétée par une proclamation de droits remarquée : la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000¹⁰¹¹. Néanmoins, la critique persiste. La protection des droits fondamentaux communautaires demeure lacunaire et l'indifférence des États membres surprend toujours¹⁰¹². Il est vrai non seulement que la codification opérée spécialement par l'article F, § 2, était particulièrement incomplète (A), mais surtout que la proclamation des droits de la Charte ne devait aboutir qu'à un instrument idéologique (B). La volonté politique d'améliorer la protection des droits fondamentaux communautaires restait par là bien réfrénée.

A. Une codification « à droit constant » incomplète

488. Le traité de Maastricht codifie en fait la jurisprudence de la CJCE, à propos des droits fondamentaux apparemment « à droit constant ». Son article F, § 2, énonce en effet :

« 2. L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».

¹⁰⁰⁹ J. BOULOUIS, « À propos des dispositions institutionnelles du Traité sur l'Union européenne », *Droit communautaire et droit français – Recueil d'études*, op. cit., pp. 92-97, p. 92.

¹⁰¹⁰ Voir resp., J.-C. PIRIS, « L'Union européenne a-t-elle une constitution ? Lui en faut-il une ? », op. cit., p. 605 ; et F. DEHOUSSE, « Le traité d'Amsterdam, reflet de la nouvelle Europe », *CDE*, 1997, pp. 265-273, p. 268.

¹⁰¹¹ *JOUE*, C 364 du 18 décembre 2000, pp. 1-22.

¹⁰¹² Voir par ex. H. LABAYLE, « L'Union européenne et les droits fondamentaux - Un espace véritable de liberté ? » in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 581-593, p. 587.

On y retrouve le vecteur de reconnaissance des PGDC, ainsi que leurs sources d'inspiration classiquement invoquées par la CJCE : la CESDH et les traditions constitutionnelles communes aux États membres ci-dessus envisagées. La légitimité de la Cour n'est ainsi pas adaptée au besoin de la construction communautaire en la matière. Comme l'exprime d'ailleurs, avec recul, l'ancien président de la CJCE RODRIGUEZ IGLESIAS, elle est simplement confirmée : « on a saisi l'occasion d'une révision du traité pour y intégrer, *expressis verbis*, des acquis jurisprudentiels, pas parce qu'on doutait de leur légitimité »¹⁰¹³. L'enrichissement est enfin d'autant plus incohérent que la Cour demeure incompétente en ce qui concerne cet article F, en vertu de l'article L, c'est-à-dire à propos même de ce qu'elle a largement contribué à construire¹⁰¹⁴.

489. Cette formule de l'article F, § 2, n'apporte, dès lors, aucune valeur ajoutée à la protection des droits fondamentaux communautaires. Elle la limiterait même en ce qu'elle contingente les sources d'identification des droits. En effet si, jusqu'à présent, la Cour empruntait aux traditions constitutionnelles communes ou plus particulièrement à la CESDH, elle ne s'interdisait aucunement de s'inspirer d'autres outils internationaux. Au contraire, comme explicité dans sa jurisprudence *Nold*, « les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire »¹⁰¹⁵. Aussi la CJCE utilisa-t-elle, notamment, la convention n° 111 de l'Organisation internationale du travail¹⁰¹⁶, le Pacte international sur les droits civils et politiques¹⁰¹⁷, ou encore la Charte sociale européenne¹⁰¹⁸, pour dégager des droits fondamentaux communautaires¹⁰¹⁹. Cependant, la formulation de l'article F,

¹⁰¹³ G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS in R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence – Le juge dans la société contemporaine*, op. cit., p. 349.

¹⁰¹⁴ Originellement, cet article disposait en effet : « Les dispositions du traité instituant la Communauté européenne, du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique qui sont relatives à la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes et à l'exercice de cette compétence ne sont applicables qu'aux dispositions suivantes du présent traité :

a) les dispositions portant modification du traité instituant la Communauté économique européenne en vue d'établir la Communauté européenne, du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier et du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique ;

b) le troisième alinéa de l'article K.3, paragraphe 2, point c) ;

c) les articles L à S ».

¹⁰¹⁵ CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c/ Commission*, aff. 4/73, *Rec.*, p. 491, pt 13.

¹⁰¹⁶ *Convention concernant la discrimination (emploi et profession)*, adoptée le 25 juin 1958, à Genève, Document disponible sur Internet : <<http://www.ilo.org/ilolex/french/convdisp1.htm>>.

¹⁰¹⁷ Adopté le 16 décembre 1966, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 999, p. 171.

¹⁰¹⁸ Adoptée à Turin, le 18 octobre 1961, STCE n° 35, et révisée à Strasbourg, le 3 mai 1996, STCE n° 163. Documents disponibles sur Internet : <<http://conventions.coe.int>>.

¹⁰¹⁹ Voir en particulier F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., § 99, pp. 141-143, spéc. p. 142. À propos de la jurisprudence concernée, voir resp. CJCE, 15 juin 1978, *Gabrielle Defrenne c/ SA belge de navigation aérienne Sabena*, aff. 149/77, *Rec.*, p. 1365, pt 28 ; 18 octobre 1989, *Orkem c/ Commission*, aff. 374/87, *Rec.*, p. 3283, pt 31 et pour la Charte sociale européenne,

§ 2, implique l'existence d'une liste fermée, que la lecture d'autres versions linguistiques n'infirme pas¹⁰²⁰. Les droits fondamentaux communautaires ne peuvent donc émaner que de deux éléments : soit la CESDH, soit les traditions constitutionnelles communes aux États membres. Les autres instruments internationaux apparaissent ainsi écartés par les États membres.

490. L'initiative prétorienne, pourtant légitimée par les juges nationaux, ne devait dès lors pas trouver complètement grâce aux yeux des pouvoirs politiques nationaux. La suspicion de certains pouvoirs politiques nationaux à l'endroit de la CJCE¹⁰²¹ devait en outre perdurer. Si l'incohérente incompétence de la Cour à propos de l'article F, § 2, devenu 6, § 2, au sein du traité d'Amsterdam fut renversée, sa compétence reste écartée pour les articles 6, § 1, et 7 TUE alors même qu'ils concernent la protection des droits fondamentaux au sein de la construction communautaire. Certes, l'incompétence est compréhensible à propos de l'article 7 TUE, puisqu'il s'agit d'une procédure non juridictionnelle, tendant à prévoir des sanctions politiques pour contrer « une violation grave et persistante par un État membre des principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1 », soit « les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit ». Toutefois, il nous semble étonnant de ne pas accorder à la CJCE de compétence pour cette dernière disposition, alors qu'elle énonce les fondements de l'Union dont la Cour procède. Elle rend compte, en outre, des principes sur lesquels la Cour a développé sa jurisprudence, comme celui de l'État de droit qui a largement inspiré le concept de Communauté de droit. Ce ne serait de toute façon pas la première fois que l'attitude des États membres envers la Cour est ambiguë. Comme le relève en ce sens l'ancien juge à la CJCE PUISSOCHET :

si « les mêmes qui sont réticents à l'égard de nouvelles compétences de la Cour dans certains domaines semblent parfois souhaiter un contrôle beaucoup plus vaste », « au fond, d'une façon générale, les États sont de ce point de vue comme tous les requérants : ils aiment bien la Cour qui condamne leurs adversaires et ils n'aiment pas la Cour lorsque celle-ci rend des décisions qu'ils considèrent comme peu favorables à leurs intérêts »¹⁰²².

l'affaire *Defrenne c/ Sabena* précitée, au même point ainsi que CJCE, 2 février 1988, *Vincent Blazot c/ Université de Liège et autres*, aff. 24/86, *Rec.*, p. 379, pt 17.

¹⁰²⁰ Voir par ex. les versions anglaise et allemande de l'article F, § 2 : « *The Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950 and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law* » et « *Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben* ». Nous soulignons.

¹⁰²¹ Plusieurs auteurs rendent compte de cette suspicion. Voir not. L. GOFFIN, « Introduction aux Actes de la Journée d'études organisée par les *Cahiers de droit européen* : L'accès à la Justice dans l'Union européenne », *CDE*, 1995, pp. 529-534, p. 530 ; et H. SCHMITT von SYDOW, « Liberté, démocratie, droits fondamentaux et État de droit : analyse de l'article 7 du traité UE », *op. cit.*, p. 312.

¹⁰²² J.-P. PUISSOCHET in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, *op. cit.*, pp. 302-303.

491. La codification de la jurisprudence communautaire en matière de droits fondamentaux par les États membres se révèle en somme bien surprenante. Elle est en effet particulièrement incomplète et d'autant plus lacunaire que les domaines spécifiques des autres piliers lui échappent. Les États membres apparaissent ainsi avoir codifié à reculons, au point que la doctrine a le sentiment d'une « indifférence des États membres vis-à-vis » de la protection des droits fondamentaux¹⁰²³.

492. Le besoin de droits fondamentaux au sein de l'Union et de la Communauté européennes de droit ne devait alors pas se tarir. Il incita au contraire à penser un catalogue communautaire à leur propos. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁰²⁴ devait ainsi voir le jour le 7 décembre 2000. Elle devait cependant n'avoir aucune valeur juridique contraignante.

B. Une proclamation de droits réfrénée

493. L'histoire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'est pas anodine. Elle regorge au contraire de détails qui révèlent l'équivoque atmosphère de son adoption et devaient préparer à l'ambiguïté finale : l'adoption d'un texte sans valeur juridique contraignante.

494. Sans rentrer dans les détails de considérations déjà fort développées dans la doctrine¹⁰²⁵, nous pouvons relever que les États membres n'avaient pas témoigné d'un engouement spectaculaire pour ce projet. Guy BRAIBANT qui a, en tant que membre de la « Convention » chargée d'élaborer la Charte¹⁰²⁶, suivi et nourri le débat, en rend particulièrement bien compte.

Motivés par la relance du processus communautaire, les Allemands ont profité de leur présidence de l'Union européenne pour soumettre un projet que « les autres pays

¹⁰²³ À propos de l'Espace de sécurité et justice, voir les positions récurrentes de H. LABAYLE, « L'Union européenne et les droits fondamentaux - Un espace véritable de liberté ? », *op. cit.*, spéc. p. 587 ; ou encore, plus récemment, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *op. cit.*

¹⁰²⁴ JOUE, C 364 du 18 décembre 2000, pp. 1-22.

¹⁰²⁵ Au-delà des nombreuses contributions isolées dont nous auront l'occasion de reparler, nous pouvons noter l'existence de numéros spéciaux de plusieurs revues. Voir not. F. BENOÎT-ROHMER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, Actes des journées d'étude, Strasbourg les 16 et 17 juin 2000, *RTDH*, du 15 septembre 2000, vol. 12, n° 1-2, 84 p. ; ou encore J. DUTHEIL de la ROCHÈRE et G. COHEN-JONATHAN (dir.), « Table ronde du 18 mai 2000 sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Université Panthéon-Assas (Paris II) », *Regards sur l'actualité*, n° 264, août 2000, 115 p.

¹⁰²⁶ G. BRAIBANT fut en effet le représentant personnel de l'exécutif français, soit du Président de la République et du Premier ministre, en tant que représentant de la Présidence européenne de l'époque, à savoir à partir du 1^{er} juillet 2000. Voir le Rapport d'information sur le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne et présenté par F. LONCLE, le 5 octobre 2000, *Les documents d'information de l'Assemblée nationale*, n° 2616, 96 p., p. 7. Texte disponible sur Internet : <<http://www.assemblee-nationale.fr/europe/rap-info/i2616.pdf>>.

pourraient difficilement refuser »¹⁰²⁷ : une charte de droits fondamentaux communautaires. Fut donc adjointe, aux conclusions de la Présidence du Conseil Européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999, une annexe 4 dont beaucoup n'imaginaient pas qu'elle aboutirait. Non seulement la Décision du Conseil européen concernant l'élaboration d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁰²⁸ ne fut pas très médiatisée, mais en outre quelques-uns supposaient certainement que les délais relativement courts dans lesquels avait été enfermé ce projet s'épuiseraient sans qu'un accord puisse émerger.

Par ailleurs, la démarche ne devait pas vraiment effrayer les États officiellement contre puisque la Décision du Conseil européen de Cologne ne prévoyait aucun objectif « constitutif ». Il n'était question que de réunir une « *enceinte* composée de représentants des Chefs d'État et de Gouvernement et du Président de la Commission européenne ainsi que de membres du Parlement européen et des parlements nationaux », dans le but de rédiger un document que le « Conseil européen proposera au Parlement européen et à la Commission de proclamer solennellement, conjointement avec le Conseil »¹⁰²⁹. La question de son intégration dans les traités, autrement dit de sa valeur juridique contraignante, était en fait réservée à plus tard¹⁰³⁰. Paradoxalement, c'est cette faiblesse du projet qui devait le conduire à bien. En effet, il est fort probable que les États, surtout dépassés par une « *enceinte* » dont certains avaient des ambitions « constitutives » au point de la rebaptiser « Convention »¹⁰³¹, n'auraient pas réussi à se mettre d'accord si le texte avait été contraignant. Le fait que la Charte ne soit pas obligatoire a ainsi permis son adoption¹⁰³².

495. La Charte devait en effet dévoiler les idéologies politiques. Comme le rappelle Guy BRAIBANT :

« Deux conceptions de l'Europe s'affrontaient, à un tournant de son histoire. Il s'agissait de savoir si l'Union serait cantonnée dans le domaine économique qui était le sien depuis sa création, ou bien si, en raison de l'extension de ses compétences et de l'élargissement de son champ

¹⁰²⁷ G. BRAIBANT, « De la Convention européenne des droits de l'Homme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. I, pp. 327-333, p. 328.

¹⁰²⁸ Texte disponible sur Internet : <http://europa.eu.int/council/off/conclu/june99/annexe_fr.htm#a4>.

¹⁰²⁹ Nous soulignons.

¹⁰³⁰ À propos de l'avenir de la Charte, renvoyée, lors des *Conclusions de la Présidence du Conseil Européen de Laeken* des 14 et 15 décembre 2001, à la *Convention sur l'avenir de l'Europe* ici convoquée, voir J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : quel apport à la protection des droits ? » in *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau. Les mutations contemporaines du droit public*, Paris, Dalloz, 2002, 720 p., pp. 91-106, p. 105. Texte des conclusions disponibles sur Internet : <http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/68779.pdf>.

¹⁰³¹ Ce sont en fait les représentants du Parlement qui optèrent pour cette nouvelle appellation. Voir G. BRAIBANT, « De la Convention européenne des droits de l'Homme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 330.

¹⁰³² Voir à ce sujet M. WATHELET, « La Charte des droits fondamentaux : un bon pas dans une course qui reste longue », *CDE*, 2000, pp. 585-593, p. 590.

géographique, elle devait étendre sa compétence juridique aux droits de l'homme »¹⁰³³.

Aussi deux groupes s'opposaient-ils et, en réalité, bien au-delà de la pertinence même de la Charte ou de son contenu. Car, au fond, les idéologies politiques en présence dépassent le seul cadre de la construction communautaire, et « les conflits de valeurs se développent en Europe comme ailleurs »¹⁰³⁴. Le professeur DELMAS-MARTY a effectivement bien mis en évidence la corrélation qui existe entre les développements de l'Europe et l'organisation de la société internationale. D'une part, l'Europe est scindée en deux :

« d'un côté l'Europe économique, celle du "marché commun", avec le système juridique propre à la Communauté, d'abord nommée "Communauté économique européenne" ; de l'autre, l'Europe éthique, celle des droits de l'homme, au sein du Conseil de l'Europe »¹⁰³⁵.

D'autre part, la société internationale est partagée entre des valeurs marchandes dont la « diffusion spatiale » est favorisée par « le principe de libre circulation, imposé par les Accords du Gatt puis l'OMC, sous le contrôle quasi-juridictionnel de l'ORD »¹⁰³⁶ et les valeurs non marchandes, telles que les droits de l'homme. L'« illusion »¹⁰³⁷ d'un monde éthique, qui a pu être engendrée au niveau international par les actions de l'ONU, ne devait toutefois pas faire le poids face aux collusions inévitables des mondes politique et économique¹⁰³⁸. Finalement, la résistance que les États opposent « depuis 1948 à l'instauration d'une cour mondiale des droits de l'homme »¹⁰³⁹ s'apparente bien à celle dont font preuve les États membres de la construction communautaire lorsqu'il est question de conférer à la Charte une valeur juridique contraignante.

496. Quoiqu'il en soit, en évitant de poser cette dernière question, les auteurs de la Charte permirent son adoption. Elle ne devait cependant pas révolutionner grand

¹⁰³³ G. BRAIBANT, « De la Convention européenne des droits de l'Homme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 328.

¹⁰³⁴ M. DELMAS-MARTY, « Désordre mondial et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 642.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, p. 644.

¹⁰³⁶ *Ibid.*, p. 647, sachant que sont visés respectivement l'Organisation mondiale du commerce et l'Organe de règlement des différends y afférant.

¹⁰³⁷ Voir sur cette question G. ISRAËL, « L'humanité des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 995. Le professeur CHEMILLIER-GENDREAU réfléchit en ce sens sur le fait que la « paix des armes » ne doit pas se confondre avec la « paix sociale », spécialement en Europe. Voir M. CHEMILLIER-GENDREAU, « Le droit international entre désillusions et utopies ? » in *Utopies. Entre droit et politique. Études en hommage à Claude Courvoisier*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, coll. Sociétés, 2005, 450 p., pp. 235-243, spéc. p. 242.

¹⁰³⁸ Sans polémiquer, de telles collusions ont toujours existé. Elles ont même justifié, pour certains, le soutien financier à des dictatures ou des révolutions dictatoriales. Voir, à ce sujet et parmi de nombreux ouvrages, É. LAURENT, *La puce et les géants – De la révolution informatique à la guerre des renseignements*, Paris, France Loisirs, 1983, 298 p., spéc. pp. 43-44. L'auteur y rappelle la dénonciation par S. ALLENDE devant l'ONU, en 1972, du soutien financier que la société privée américaine ITT apportait à la mise en cause du régime communiste de l'époque. – Ce dernier, favorable à la nationalisation de certains secteurs, n'aurait en effet pas été dans le sens des profits d'ITT. – On pourra également se référer à l'œuvre cinématographique de Michael MOORE. Nous concluons simplement en notant que le « pantouflage » n'est pas inconnu en France...

¹⁰³⁹ M. DELMAS-MARTY, « Désordre mondial et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 647.

chose puisque le juge n'avait ainsi pas la légitimité de l'utiliser. Certes, il était prévu qu'elle serait intégrée dans un traité établissant une Constitution pour l'Europe qui vit effectivement le jour. Toutefois, ce projet, parce qu'il comportait le défaut congénital de l'adoption à l'unanimité¹⁰⁴⁰, devait rester en l'état. La situation des droits fondamentaux communautaires ne devait pas non plus évoluer. Enchâssée dans des légitimations expresses des pouvoirs politiques nationaux particulièrement ambiguës, la mission des juges communautaires ne devait pas pouvoir s'adapter au besoin de droit pourtant identifié. L'action de la CJCE devait s'en ressentir et les petits pas, en la matière, ralentir.

§2. La légitimité stagnante du juge communautaire

497. Alors que la position des pouvoirs politiques nationaux n'éclaircit pas la place des droits fondamentaux communautaires, la légitimité de la Cour de justice à reconnaître de tels droits ne peut qu'en pâtir. Certes, on pourrait imaginer qu'elle déciderait de pallier l'inaction des États membres, comme elle a pu le faire à propos de la garantie des normes communautaires¹⁰⁴¹. Toutefois, elle n'est pas en mesure de le faire. Dans l'impossibilité d'opérer une révolution prétorienne en la matière (A), elle dut se résoudre à se contenter des droits fondamentaux communautaires existants (B).

A. L'impossible révolution prétorienne

498. Dans la mesure où la protection des droits fondamentaux communautaires trouve sa source dans la novation de l'engagement communautaire instiguée par les juges nationaux, on pourrait être tenté de considérer que la Communauté européenne est devenue un ordre juridique quelque peu coutumier. Les doutes sont en outre confortés par la pratique de la jurisprudence communautaire. Selon les propos mêmes de juges communautaires, la CJCE tend en effet à développer une « doctrine du précédent, sous l'influence incontestée de la "*common law*" »¹⁰⁴². De manière intuitive, il deviendrait alors possible d'imaginer que le juge pourrait faire évoluer la protection des droits fondamentaux communautaires en fonction des besoins de droit. On se leurre toutefois grandement sur la capacité d'un ordre juridique coutumier à évoluer de lui-même.

499. L'ordre juridique britannique est d'ailleurs à ce titre très souvent méjugé. Qualifié de coutumier, il est cru capable d'évoluer facilement. Aussi ne s'inquiétait-on pas de son aptitude à s'adapter aux évolutions juridiques modernes. Notamment, on

¹⁰⁴⁰ Se référer à ce sujet à N. MOUSSIS, « La Constitution est morte ! Vive la Constitution ! Une Constitution rédigée par une Assemblée constituante », *RMCUE*, 2006, pp. 151-165, p. 160.

¹⁰⁴¹ Voir *supra*, §§ 228 et s., spéc. §§ 246 et 253.

¹⁰⁴² J.-P. PUISSOCHET, « Le délibéré de la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 129. Voir également à ce sujet CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Droit communautaire et Droit français*, Paris, La documentation française, Notes et études documentaires, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil le 3 décembre 1981, 1982, 287 p., p. 57 ; ou encore G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS in R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence*, *op. cit.*, p. 347, même si l'auteur induit que l'influence de la *Common law* est moins absolue aujourd'hui.

pensait que les droits de l'être humain y étaient suffisamment garantis, surtout que le fondement de cette protection – la théorie négative de la liberté¹⁰⁴³ – semblait permettre au juge de reconnaître tous les droits qui n'avaient pas été interdits ou limités préalablement par le législateur. L'illusion s'est toutefois dissipée. Non seulement les sanctions de la CEDH ont fait prendre conscience que le Royaume-Uni n'était pas ou plus cet *Eldorado* des droits de l'être humain¹⁰⁴⁴, au point qu'il fut nécessaire d'adopter le *Human Rights Act* de 1998 pour incorporer l'idée des droits issus de la CESDH¹⁰⁴⁵. Mais encore, les juges britanniques ont rendu une décision qui devait anéantir la croyance en l'adaptabilité de la protection des droits de l'être humain. En effet, dans l'affaire *Kaye v. Robertson and another*¹⁰⁴⁶, les juges ont refusé de reconnaître le droit à la vie privée, malgré l'absence de toute opposition légale à la reconnaissance de ce droit. *A priori*, il aurait été logique de déduire de cette absence de législation, une reconnaissance implicite, que le juge aurait dû valider. Toutefois, cette affaire révélait l'enfermement du système coutumier britannique au sein de la souveraineté parlementaire.

Au Royaume-Uni, la souveraineté légale du Parlement procède en fait du dépôt de souveraineté politique du peuple qui charge celui-là de protéger sa liberté. La souveraineté parlementaire est alors analysée comme pré-légale – un peu comme la norme suprême du professeur Kelsen peut être pré-constitutionnelle –. Si elle fonde l'ordre juridique britannique, elle ne peut évoluer sans modification du contrat social, autrement dit sans révolution. Or, au moment où elle fut établie, la démocratie était entendue dans son sens aujourd'hui limité, c'est-à-dire institutionnel. De même, l'être humain était uniquement considéré dans son individualité¹⁰⁴⁷. Aussi, lorsque la théorie négative de la liberté fut reconnue, comme contre-partie à la souveraineté parlementaire, seuls les droits civils et politiques étaient en cause. Les juges n'avaient alors pas la légitimité pour protéger des droits et libertés non compris dans cette catégorie.

¹⁰⁴³ Voir à ce sujet H. BARNETT, *Constitutional & Administrative Law*, Londres, Cavendish Publishing Limited, 2^{ème} éd., 1998, réimprimé en 1999, 1101 p., p. 679 : « A freedom exists unless, and to the extent that, its exercise is constrained by law ». « Une liberté existe à moins que, et dans la mesure où, son exercice est contraint par loi ».

¹⁰⁴⁴ À partir de la reconnaissance, en 1966, du droit de recours individuel devant la CEDH, les condamnations du Royaume-Uni se sont multipliées. Voir par ex., *ibid.*, p. 679 ; et plus spéc. à ce sujet S. BAILEY, D.J. HARRIS et J. BRIAN, *Civil Liberties : Cases and Materials*, Londres, Butterworths, 4^{ème} éd., 1995, 873 p.

¹⁰⁴⁵ Il ne s'agit pas d'une réelle incorporation puisque le juge national ne pourra ni annuler, ni écarter une loi révélée contraire à la CESDH, en vertu de l'article 4 du *Human Rights Act 1998*. Le juge est toutefois tenu d'interpréter, autant que cela est possible, toute législation d'une manière compatible avec les droits de la Convention (article 3). À défaut, il rédigera une « déclaration d'incompatibilité » (article 4), afin que le pouvoir exécutif soit en mesure d'initier les procédures de rectification du droit adéquates (article 10). Pour le texte du *Human Rights Act*, voir not. J. WADHAM et H. MOUNTFIELD, *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, Londres, Blackstone Press, 1999, 294 p., pp. 146-172.

¹⁰⁴⁶ Affaire citée par H. BARNETT, *Constitutional & Administrative Law*, *op. cit.*, p. 715, se référant à *The Times*, du 21 mars 1991.

¹⁰⁴⁷ À propos des différentes manières de concevoir l'être humain, voir *supra*, §§ 289-290. Voir également G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, n° 38, 2004, 497 p., pp. 134-135. L'auteur y explique les grandes lignes du modèle anglais des droits fondamentaux et rappelle, notamment, que la liberté de religion n'en faisait pas partie.

Le système coutumier a dès lors pour effet de cristalliser les éléments qui le déterminent, y compris les droits et libertés, lorsqu'ils sont intégrés au contrat social ou au fondement de l'ordre juridique ainsi considéré.

500. Estimer que l'ordre juridique communautaire est devenu, sous l'action du juge, coutumier, ne permet ainsi pas au juge de transformer les éléments à la base de cet ordre. S'il a pu compléter le droit communautaire avec des droits fondamentaux, il n'a eu la légitimité de le faire que dans la mesure où il respectait les termes des traités dont il procède. Certes, comme nous avons considéré que les droits fondamentaux ne sont pas conçus comme un caractère de la Communauté de droit¹⁰⁴⁸, on pourrait imaginer que la construction des droits fondamentaux communautaires ne touche pas au fondement de l'ordre juridique, ce qui permettrait au juge de développer, autant que nécessaire, les droits fondamentaux. Néanmoins, la légitimité du juge communautaire, si elle est importante, n'est pas illimitée. Il ne peut s'intéresser qu'au respect du droit communautaire, droit spécialisé. Autrement dit, il n'est compétent que pour autant qu'un intérêt communautaire est en cause. Même si, d'ailleurs comme pour tout juge¹⁰⁴⁹, il est de plus en plus sollicité sur des questions de morale, la moralité publique ou les grands thèmes sociétaux, comme l'homosexualité, lui échappent d'autant plus qu'ils incombent aux législateurs, en outre, nationaux¹⁰⁵⁰. Or, le système des droits fondamentaux s'ouvre nécessairement à la moralité. En effet, comme l'explique le professeur PECES-BARBA MARTINEZ :

« L'ouverture à la morale est un besoin des droits fondamentaux, qui provient et se fonde sur la moralité publique de la modernité. Les droits ont comme objectif central de créer à travers le Droit, les conditions sociales pour faciliter le plein développement de la personnalité des individus grâce au libre choix et au libre exercice par chacun de l'éthique qu'il s'est lui-même défini »¹⁰⁵¹.

La gestion des droits fondamentaux implique alors la plus grande prudence de la part d'un juge non habilité à s'intéresser aux contrats sociaux des peuples européens. L'acceptation de son pouvoir dépend aussi de son respect des identités, induites dans les souverainetés nationales. La CJCE en a particulièrement conscience.

501. En définitive, le juge communautaire tend à respecter sa mission, telle qu'elle est posée par sa légitimité institutionnelle. Sa considération pour sa légitimité éthique va, en outre, dans le même sens. Certes, il est critiqué pour ne pas aller assez loin, notamment à propos des couples homosexuels¹⁰⁵². Il est toutefois fort à parier que, s'il allait plus loin, il risquerait d'être critiqué pour aller trop loin. Il est en effet étonnant que l'on estime la réserve de la CJCE au regard des avancées de la CEDH et donc que

¹⁰⁴⁸ Voir *supra*, §§ 298 et s.

¹⁰⁴⁹ Voir not. R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence*, *op. cit.*, pp. 84 ou 119.

¹⁰⁵⁰ À ce sujet, voir not. J.-P. PUISOCHET in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, *op. cit.*, p. 303 ; ou encore G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS in R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence*, *op. cit.*, pp. 58, 67, 69, 70, 80 et, plus spéc. à propos de l'homosexualité, pp. 125-127.

¹⁰⁵¹ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 353-365, p. 353.

¹⁰⁵² Voir *supra*, § 450, note n° 920.

l'on invite la première à agir comme la dernière, alors même que celle-ci est de plus en plus critiquée pour un activisme excessif. La contestation est de surcroît d'autant plus notable qu'elle ne concerne plus seulement les constitutionnalistes, mais également l'ensemble des juristes soucieux de l'intégrité de leur ordre juridique¹⁰⁵³. Le paradoxe est éloquent.

502. La CJCE évite finalement cet écueil, en se préservant d'abuser de sa légitimité. Dès lors, évidemment, elle demeure essentiellement attachée à la protection du marché communautaire¹⁰⁵⁴, au point qu'elle adopte une démarche fonctionnelle qui lui permet de contourner la question des droits fondamentaux lorsque cela est possible¹⁰⁵⁵. Elle fait donc preuve, comme nous l'avons déjà expliqué¹⁰⁵⁶, d'une circonspection certaine dans son appréciation des droits fondamentaux communautaires. Elle ne souhaite en effet vraisemblablement pas effrayer un pouvoir politique, déjà méfiant à son égard, à un moment où la construction communautaire tend à ralentir, voire à régresser.

B. Le difficile prolongement des droits fondamentaux communautaires

503. Aidée ou poussée par les juges nationaux, la CJCE avait développé les prémices d'un système de protection des droits fondamentaux communautaires, qui lui laissait une certaine marge de manœuvre. Elle pouvait en effet dégager des traditions constitutionnelles communes ou s'inspirer des outils internationaux, tout en adaptant les résultats obtenus au besoin du droit communautaire. Les pouvoirs politiques nationaux n'ont toutefois pas suivi. Ils ont au contraire cherché à juguler la liberté du juge. Ils ont limité les sources d'inspiration des droits fondamentaux communautaires, non seulement en imposant une liste limitative d'outils (pas forcément adaptés aux besoins communautaires), mais encore en ne conférant pas valeur contraignante à la liste qui avait ambitionné de répondre à ces besoins. La Cour de justice voit ainsi sa légitimité à reconnaître des droits fondamentaux communautaires particulièrement circonscrite. Elle ne peut que l'accepter.

504. En premier lieu, il semble bien que la juridiction communautaire ne se fonde plus sur les autres outils internationaux qu'elle avait pourtant l'habitude d'utiliser pour reconnaître des droits fondamentaux. En effet, une recherche sur le site Internet de

¹⁰⁵³ Voir par ex. J.-F. BURGELIN, « La paille et la poutre », *D.*, 2004, doctrine, pp. 1249-1252. L'auteur y critique la jurisprudence de la CEDH à propos de la présence de l'avocat général de la Cour de cassation au délibéré. Il s'interroge ainsi dans son résumé : « N'est-ce pas donner une place déraisonnable à l'apparence et porter atteinte à un usage séculaire favorable à une bonne administration de la justice ? » Le doyen FAVOREU n'avait d'ailleurs pas manqué de relever que les constitutionnalistes n'étaient plus les seuls à se méfier de la CEDH.

¹⁰⁵⁴ Voir spéc. M. WAELBROECK, « Le rôle de la Cour de justice dans la mise en oeuvre de l'Acte unique européen », *CDE*, 1989, pp. 41-62, p. 41.

¹⁰⁵⁵ Se référer not. à H. LABAYLE, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *op. cit.*, p. 33 à propos de CJCE, 11 février 2003, *Gozutök et Brugge*, aff. C-187/01 et C-385/01, *Rec.*, p. I-1345, et p. 35 à propos de CJCE, 10 mars 2005, *Miraglia*, aff. C-469/03, *Rec.*, p. I-2009.

¹⁰⁵⁶ Voir *supra*, §§ 331 et s.

la Cour qui ne permet les investigations en mot du texte que pour les arrêts, ordonnances, conclusions et communications au *JOUE* postérieurs au 17 juin 1997¹⁰⁵⁷, révèle que les occurrences « organisation internationale du travail », « charte sociale européenne » et « pacte international » n'apparaissent que rarement.

D'abord, le questionnement sur l'« organisation internationale du travail » donne douze documents, dont quatre – un avis et trois arrêts de la Cour – sont susceptibles d'attirer notre attention. Néanmoins, aucun ne concerne une utilisation de cet outil pour une reconnaissance de droits fondamentaux, même si les conditions de travail sont en cause¹⁰⁵⁸.

Ensuite, en ce qui concerne la « charte sociale européenne », la recherche n'aboutit à l'identification que de onze documents. Le seul arrêt référencé n'apparaît que parce que la Charte sociale est invoquée par les requérants ; le juge ne s'y réfère pas¹⁰⁵⁹.

Enfin, l'interrogation sur le mot clé « pacte international » identifie 32 résultats, dont treize affaires ayant donné lieu à des arrêts. La plupart du temps¹⁰⁶⁰, l'occurrence apparaît en vertu des termes utilisés par les requérants, auxquels le juge ne répond pas¹⁰⁶¹. Sinon, il écarte l'argument comme inopérant¹⁰⁶², ou encore envisage cet instrument en combinaison avec la CESDH¹⁰⁶³. Certes, dans un arrêt plus récent, la Cour estime :

« il convient de rappeler que ledit pacte figure au nombre des instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme dont la Cour tient compte pour l'application des principes généraux du droit communautaire (voir, par exemple, arrêts du 18 octobre 1989, *Orkem/Commission*, 374/87, Rec. p. 3283, point 31, et du 18 octobre 1990, *Dzodzi*, C-297/88 et C-197/89, Rec. p. I-3763, point 68) »¹⁰⁶⁴.

Si elle l'écarte finalement pour se concentrer sur les éléments que peut apporter la CESDH et sa jurisprudence, on pourrait être tenté de considérer que le Pacte international

¹⁰⁵⁷ Pour confirmation, voir : <<http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr>>. Nous indiquons également, pour permettre une éventuelle vérification, que les résultats obtenus sont ceux de recherches effectuées le 3 mai 2006.

¹⁰⁵⁸ CJCE, 1^{er} février 2005, *Commission c/ Autriche*, aff. C-203/03, Rec., p. I-935, pt 3 ; 28 avril 2005, *Commission c/ Italie*, aff. C-410/03, Rec., p. I-3507 ; 22 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04, Rec., p. I-9981 ; et avis 1/03 du 7 février 2006, *Compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Rec., p. I-1145.

¹⁰⁵⁹ TPICE, 25 mars 1999, *Forges de Clabecq SA c/ Commission*, aff. T-37/97, Rec., p. II-859, pt 122.

¹⁰⁶⁰ Nous mettons à part les arrêts très critiqués, dans lequel le TPICE s'est avancé sur le terrain du droit international. L'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques est invoqué à propos du droit d'accès au sein du droit international : TPICE, deux arrêts du 21 septembre 2005, *Yusuf et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. T-306/01, Rec., p. II-3533, pt 342 ; et *Kadi c/ Conseil et Commission*, aff. T-315/01, Rec., p. II-3649, pt 287.

¹⁰⁶¹ TPICE, 25 mars 1999, *Forges de Clabecq SA c/ Commission*, aff. T-37/97, Rec., p. II-859, pt 122 ; 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA, BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV, DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Société artisanale de vinyle, Montedison SpA, Imperial Chemical Industries plc, Hüls AG et Enichem SpA c/ Commission*, aff. jointes T-305, 307, 313 à 316, 318, 325, 328, 329 et 335/94, Rec., p. II-931, pts 87 et 429 ; et 4 mai 2005, *Schmit c/ Commission*, aff. T-144/03, Rec., p. II-465, pt 88.

¹⁰⁶² TPICE, 12 octobre 1999, *Acme Industry c/ Conseil*, aff. T-48/96, Rec., p. II-3089, pt 30.

¹⁰⁶³ CJCE, 9 mars 2006, *Van Esbroeck*, aff. C-436/04, Rec., p. I-2333, pt 28.

¹⁰⁶⁴ CJCE, 17 février 1998, *Lisa J. Grant c/ South-West Trains Ltd*, aff. C-249/96, Rec. p. I-621, pt 44.

relatif aux droits civils et politiques demeure percutant en matière de droits fondamentaux communautaires. Néanmoins, le juge communautaire n'a jamais depuis confirmé la pertinence de ce Pacte, alors qu'il en a eu plusieurs fois l'occasion. Même s'il affirme toujours s'inspirer des « instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré et adhéré »¹⁰⁶⁵, il devient vraisemblable de considérer que le juge a pu prendre acte de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, intervenue après l'affaire *Grant*¹⁰⁶⁶, qui avait notamment pour effet de conférer enfin compétence à la Cour sur l'article F devenu 6, § 2 TUE et, par ricochet, de limiter sa légitimité dans la reconnaissance de droits fondamentaux communautaires. Il semble donc bien que l'on puisse se résoudre à considérer que la Cour de justice est consciente qu'elle n'est plus tout à fait apte à se fonder sur d'autres outils internationaux que la CESDH pour développer les droits fondamentaux communautaires.

505. Néanmoins, la CESDH ne comporte pas de droits économiques et sociaux, alors même qu'ils sont les premiers à trouver place dans un ordre juridique où l'individu est avant tout considéré comme un travailleur ou un consommateur, bref comme un acteur économique. Puisqu'elle ne pouvait plus non plus s'inspirer de la Charte sociale européenne de 1961, la CJCE risquait ainsi de se retrouver dans l'embarras. Comme la CEDH avait toutefois développé les droits de la Convention de manière à s'intéresser à certains droits économiques et sociaux¹⁰⁶⁷, la CJCE pouvait trouver un palliatif, certes incomplet mais légitime. Si l'article 6, § 2, TUE n'évoque que la Convention de 1950, son énoncé autorise en effet la prise en compte de la jurisprudence européenne. Dans la mesure où doivent être respectés « les droits fondamentaux, tels qu'ils sont *garantis* par la convention » de Rome, tout ce qui sert cette garantie est utile au droit communautaire, et donc spécialement la jurisprudence de la CEDH. Il n'est alors pas étonnant que la Cour de justice ait renforcé son utilisation de cette jurisprudence, au point d'en banaliser l'exploitation ou de s'en approprier la teneur¹⁰⁶⁸.

506. L'importation des droits européens ne pouvait cependant que tempérer un besoin de droits économiques et sociaux potentiellement beaucoup plus large. L'élaboration d'un catalogue communautaire de droits fondamentaux incluant la plupart des droits existants aurait pallié la difficulté. N'étant toutefois pas dotée de force juridique contraignante, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'est pas susceptible d'application par le juge. La position de la CJCE est demeurée claire :

¹⁰⁶⁵ TPICE, 14 décembre 2005, *General Electric Company c/ Commission*, aff. T-210/01, *Rec.*, p. II-5575, pt 725.

¹⁰⁶⁶ Le traité portant modification du traité sur l'Union européenne signé le 2 octobre 1997 est effectivement entré en vigueur le 1^{er} mai 1999. *JOUE*, C 340 du 10 novembre 1997, pp. 173-308.

¹⁰⁶⁷ Voir à ce sujet F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, § 178, 2°, pp. 253-254 et à propos de la protection de la santé *via* le droit à un environnement *sain*, lui-même construit par la CEDH, § 230, pp. 418-421.

¹⁰⁶⁸ À propos des références de plus en plus nombreuses de la Cour de justice à la jurisprudence de la CESDH, à partir de 1996, voir J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 279 ; ou encore F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, § 100, 2°, pp. 145-147, spéc. p. 146 pour l'idée de « banalisation » ; ou enfin D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, § 292, pp. 359-362.

elle ne se réfère nullement à la Charte, même lorsqu'elle est expressément invoquée par les requérants¹⁰⁶⁹. Si certains avocats généraux avaient tenté d'inciter la Cour à utiliser la Charte en appui de leurs raisonnements¹⁰⁷⁰, l'opinion dominante des conclusions se rallie dorénavant à la position de la Cour, en écartant simplement son applicabilité « dans la mesure où la charte n'a pas de caractère juridiquement contraignant »¹⁰⁷¹.

Pour sa part, le TPICE avait semblé plus clément. Il décidait même d'appuyer son raisonnement désormais célèbre de l'arrêt *Jégo-Quéré*¹⁰⁷² sur une disposition de la Charte. Si le Tribunal ne développe plus une argumentation aussi poussée, la doctrine considère toujours qu'il utilise la Charte. Une décision récente devrait pourtant conduire à nuancer le propos. En effet, dans un arrêt *General Electric Company*¹⁰⁷³, il considère :

« 725. Il suffit de relever, à cet égard, que le contenu effectif de tous les droits spécifiques mentionnés au point précédent étai[t] déjà protég[é] en droit communautaire avant l'adoption de la charte, qui, selon son propre préambule, ne fait que les réaffirmer ».

Le TPICE conclut alors :

« 727. Ainsi, en l'espèce, il ne saurait être déduit de la référence à la charte, au considérant 2 de la décision 2001/462, que le conseiller-auditeur était tenu d'appliquer les droits invoqués par la requérante d'une manière différente après l'entrée en vigueur de cet acte ».

Le Tribunal tend, de ce fait, à prendre une certaine distance vis-à-vis de l'utilité de la Charte dont la valeur ajoutée est ici clairement mise en doute. Le recul est en outre perceptible dans un autre arrêt *EUROHYPO* :

« 21. En outre, quant au caractère fondamental du droit de propriété intellectuelle, tel qu'il ressort, selon la requérante, de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte qui énonce que « [l]a propriété intellectuelle est protégée », il suffit de constater que ce droit n'est pas absolu et que la marque communautaire existe notamment dans les limites posées par l'article 4, combiné avec les articles 7 et 8 du règlement n° 40/94 »¹⁰⁷⁴.

Les propos du juge sont éloquents : il ne s'aventure pas à déduire quoi que ce soit de la Charte, mais en laisse la responsabilité à la requérante. Il s'aligne donc certainement sur la position de la CJCE en la matière, bien que les effets de cette jurisprudence ne soient

¹⁰⁶⁹ Voir not. à ce sujet L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., § 599, 2°, pp. 448-449 et pour une jurisprudence plus récente CJCE, 16 janvier 2006, *Asian Institute of Technology (AIT) c/ Commission*, aff. C-547/03 P, *Rec.*, p. I-845, pts 26 et 47 : l'argument est invoqué par la requérante mais la Cour prend soin de ne pas mentionner la Charte. L'ordonnance du président de la CJCE du 18 octobre 2002 est donc bien restée un acte isolé, contrairement à ce que laissent entendre certains. Voir G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, op. cit., p. 258 à propos de CJCE, ordonnance, 18 octobre 2002, *Commission c/ Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, aff. C-232/02 P(R)_1, *Rec.*, p. I-8977, pt 85. Voir également *infra*, §§ 653 et s.

¹⁰⁷⁰ Pour un exemple désormais célèbre, voir Conclusions de l'avocat général JACOBS, 21 mars 2002, rendues sur l'arrêt du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pt 39.

¹⁰⁷¹ Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL, 13 septembre 2005, rendues sur l'arrêt du 19 janvier 2006, *Asian Institute of Technology (AIT) c/ Commission*, aff. C-547/03 P, *Rec.*, p. I-845, pt 87.

¹⁰⁷² TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Cie SA c/ Commission*, aff. T-177/01, *Rec.*, p. II-2365, pt 42.

¹⁰⁷³ TPICE, 14 décembre 2005, *General Electric Company c/ Commission*, aff. T-210/01, *Rec.*, p. II-5575.

¹⁰⁷⁴ TPICE, 3 mai 2006, *Eurohypo AG c/ Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI)*, aff. T-439/04, *Rec.*, p. II-1269. Nous soulignons.

pas aussi simples. En effet, comme nous le verrons ultérieurement¹⁰⁷⁵, le fait de ne plus citer la Charte n'emporte pas forcément la volonté de ne plus s'en inspirer dans l'élaboration de nouveaux PGDC. Il en diminue en tout cas la visibilité.

507. Finalement, la Cour de justice se refuse à utiliser un instrument, qui aurait pourtant pu lui faciliter la tâche. Elle tend également à ne plus vraiment exploiter les instruments internationaux autres que la CESDH. Elle témoigne en fait par là de son obédience envers les pouvoirs politiques nationaux qui emportent la « puissance constitutive » communautaire. Elle accepte ainsi de s'autolimiter, voire de revenir implicitement sur certaines de ses positions, malgré des besoins de droits fondamentaux communautaires contradictoires, confirmant ainsi de nouveau qu'elle ne revendique aucun « dernier mot ». La situation est toutefois susceptible d'être renouvelée par l'arrêt récent de la CJCE *Parlement c/ Conseil*¹⁰⁷⁶. En effet, la Cour se réfère de nouveau au pacte international relatif aux droits civils et politiques, mais surtout elle accepte d'envisager la Charte explicitement visée par la directive contrôlée. Comme nous le verrons ultérieurement¹⁰⁷⁷, ce revirement de jurisprudence ne doit toutefois pas être surestimé. Sa portée devra certainement être précisée par la Cour. En tout cas, la doctrine doit, en attendant, se préserver de toute extrapolation hasardeuse qui aurait pour effet de balayer la situation actuelle. Les motivations du silence initial de la CJCE à propos de la Charte constituent assurément les fondements de son changement d'attitude et, par ricochet, les motifs de son nouveau comportement potentiel.

508. Conclusion du chapitre second. L'introduction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire témoigne, en somme, de la transformation de l'engagement communautaire. Cette novation s'est opérée en deux temps. En premier lieu, les juges nationaux, et spécialement les juges constitutionnels, ont ouvert la porte aux droits fondamentaux communautaires inspirés de leurs homologues nationaux. Ils ont en fait pu influencer de la sorte par la révélation du rôle essentiel qu'ils tiennent dans le contrôle du respect de la souveraineté par ses titulaires, y compris lorsqu'est en cause la souveraineté externe de l'État. Soucieuse des souverainetés nationales, la Cour de justice ne pouvait pas passer outre cette expression de souveraineté, d'autant plus déterminante qu'elle conditionnait aussi l'efficacité globale de l'ordre juridique communautaire et donc sa validité. La Cour s'est alors attelée à mettre en œuvre le mandat qui lui était implicitement conféré : elle identifia les sources sur lesquelles elle avait ainsi acquis la légitimité de reconnaître les droits fondamentaux communautaires. Les traditions constitutionnelles communes aux États membres virent le jour. Néanmoins, n'étant pas d'un usage aisé, elles cédèrent leur place, dans la pratique, à un outil susceptible de rassurer de la même manière les acteurs nationaux. La CESDH, puisqu'elle devait déjà être respectée par les États membres, constituait l'instrument adéquat. Elle n'était cependant pas suffisamment adaptée au besoin du droit communautaire, spécialement en ce que son objet n'intègre pas, par principe, les droits économiques ou sociaux, matière

¹⁰⁷⁵ Voir *infra*, §§ 653 et s.

¹⁰⁷⁶ CJCE, grande chambre, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769.

¹⁰⁷⁷ Voir *infra*, §§ 676 et s.

pourtant essentielle dans une Communauté *économique* européenne. La persistance du besoin de droit devait par la suite inspirer la « puissance constitutive » communautaire.

En effet, les pouvoirs politiques nationaux devaient prendre conscience, en second lieu, de la nécessité d'intégrer la question des droits de l'être humain à la construction communautaire. Pour ce faire, ils profitèrent de la fondation de l'Union européenne pour conférer compétence à celle-ci en la matière. Ils légitimaient en fait la construction des droits fondamentaux communautaires par la Cour de justice et confortaient, par là, la légitimation qu'elle avait reçue des juges nationaux. La formule des États membres n'implique toutefois pas une légitimation complète : elle tend à exclure, des sources des droits fondamentaux communautaires, les autres outils internationaux que la CESDH, et réserve cette possibilité soit à celle-ci, soit aux traditions constitutionnelles communes aux États membres. Si cela ne change pas fondamentalement la teneur de la jurisprudence communautaire, la Cour de justice dût tout de même en tenir compte. Elle devait également s'incliner devant le manque de force juridique contraignante de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui aurait pourtant pu pallier les insuffisances matérielles des droits fondamentaux communautaires. Mais la Cour, malgré ses audaces prétoriennes, n'a jamais voulu remettre en cause les souverainetés nationales, et respecte ainsi les volontés de celles qui sont aussi la « puissance constitutive » de la construction communautaire. De ce fait, la méfiance que témoignent encore certains États membres à son encontre et qui explique, sans la justifier, l'ambiguïté de la place des droits fondamentaux dans le projet communautaire actuel, demeure curieuse.

509. Conclusion du titre second de la première partie. Cette méfiance des États membres est, en outre, d'autant plus surprenante que la Cour n'a jamais fait qu'utiliser les pouvoirs qui lui avaient été conférés par les États membres eux-mêmes. Elle a en effet reconnu les droits fondamentaux communautaires par le biais des PGDC qu'elle a une pleine légitimité à utiliser.

Élaborée dans un souci d'éviter les dominations politico-diplomatiques au sein de la construction communautaire, la Cour de justice fut chargée de la large mission d'assurer le respect du *droit* dans l'application des traités communautaires. Parce que les États l'avaient voulu forte, elle jouit en fait de garanties statutaires honorables, et d'une légitimité démocratique en cohérence avec son environnement. Aussi, non corsetée par les textes des traités et dotée d'une légitimité institutionnelle suffisante, elle pouvait s'estimer compétente pour interpréter le texte des traités, en combiner les dispositions, et surtout en lire les silences, au point de pouvoir dégager des PGDC dont ont fait ensuite partie les droits fondamentaux communautaires. La Cour aurait certes pu s'estimer libre de toute contrainte et user largement de son pouvoir. Elle aurait cependant mis en danger l'acceptation de son pouvoir, c'est-à-dire sa légitimité éthique. Elle a témoigné au contraire de la volonté de respecter profondément sa mission. La qualité de ses interprétations en témoigne : elle a continuellement cherché à protéger l'intégrité du droit communautaire. En vertu des relations bivalentes que ce dernier entretient avec les souverainetés nationales, cela impliquait parfois une modération des volontés nationales, parfois une pondération des élans communautaires. En réalité, il s'agit toujours de maintenir le délicat équilibre entre les ordres juridiques communautaire et nationaux dont résulte l'Union et la Communauté européennes de droit.

510. Conclusion de la première partie. La mission de la Cour de justice ne doit dès lors être envisagée que dans le contexte de l'ordre juridique dont la Cour procède. Si elle a pu identifier l'existence d'une Communauté de droit en référence au concept d'État de droit, les droits fondamentaux n'en sont pour autant pas devenu un caractère. La Communauté de droit répond assurément aux exigences fondamentales de toute « structure de droit ». Elle développe ainsi une hiérarchie des normes et sa garantie, bien que le contexte génère une originalité notable : la hiérarchie des normes communautaires inclut des normes de concrétisation qui ne peuvent qu'être nationales et donc extérieures, en tant que telles, à l'ordre juridique communautaire. Le système de garantie ne peut alors qu'être adapté à la surjection induite des relations de *communautarité* entre normes communautaires et nationales d'application. Néanmoins, n'étant par ailleurs pas un caractère de la « structure de droit » en général, les droits fondamentaux n'ont pas été conçus comme un élément de cette Communauté de droit.

Le juge n'avait ainsi aucune obligation de reconnaître des droits fondamentaux communautaires, si ce n'est le droit au recours du fait de sa corrélation avec la garantie des normes induite dans toute « structure de droit ». Il en a toutefois acquis la légitimité, sous l'influence des juges nationaux, confirmée ultérieurement par les États membres. Aussi l'Union de droit tendrait-elle plutôt à se définir également par son respect des droits fondamentaux. Néanmoins, le fait que la Charte des droits fondamentaux demeure inapplicable témoigne de l'ambiguïté du projet politique en la matière. La Cour, soucieuse de respecter sa mission, même enrichie, ne peut se substituer à la « puissance constitutive » de la construction communautaire. Elle doit cependant continuer à exercer sa mission et répondre quotidiennement aux besoins de droit qui lui sont soumis, y compris vis-à-vis des droits fondamentaux communautaires.

511. En définitive, si la Cour de justice est confrontée à un ordre si original qu'il générerait une équivoque quant à la compréhension du fondement de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires, elle a toujours cherché à respecter la mission qui en découlait. Elle semble ainsi ne pas avoir démerité. Malgré le « service minimum » de la « puissance constitutive » communautaire, trop souvent constatable en matière de droits fondamentaux, la Cour de justice a poursuivi son office tentant de préserver au mieux l'équilibre de l'Union et de la Communauté européennes de droit. Sa mise en œuvre de la protection des droits fondamentaux communautaires en constitue un vif témoignage.

Seconde partie

La mise en œuvre équilibrée de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires

512. Émanant de la Communauté puis de l'Union de droit, la Cour de justice avait pour mission d'en protéger les attributs et d'en entretenir l'essence. Elle devait ainsi jouer un rôle essentiel dans la promotion de l'ordre juridique communautaire. À partir du moment où elle reçut à la fois la charge et la légitimité de développer des droits fondamentaux, il était logique qu'elle en élabore la protection.

513. Disposant d'un large pouvoir, la Cour de justice eut la capacité de dégager des droits fondamentaux communautaires, tout en en déployant la garantie juridictionnelle. Demeurant toutefois limité par les termes de sa mission, le juge ne pouvait révolutionner le système dont il procède. Pour construire ces droits et leur protection, il devait garder à l'esprit que leur légitimation n'avait engendré qu'une novation ambivalente de sa mission, du fait même de la « puissance constitutive » communautaire. La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires ne pouvait, en conséquence, qu'être imparfaite. Elle eut cependant le mérite d'exister.

514. La protection juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires fut en fait mise en œuvre de manière équilibrée. La Cour de justice s'attacha en effet à développer au mieux les droits fondamentaux tout en respectant, également au mieux, le balancement des ordres juridiques communautaire et nationaux. Elle développa ainsi une pratique constructrice, tendant à approfondir aussi bien la matière des droits fondamentaux, que la manière de les protéger. L'ambiguïté de sa mission devait néanmoins conduire au maintien de certaines lacunes.

515. Si l'analyse scientifique commande de ne pas accabler un juge qui se révèle être d'un esprit constructif, elle prescrit de s'intéresser aux potentielles solutions, qui permettraient de combler les lacunes identifiées. Plusieurs perspectives sont envisageables, qu'elles résultent d'une simple évolution ou engagent au contraire une véritable révolution. Dans tous les cas, la responsabilité n'en incomberait pas au juge qui tend à avoir épuisé la plupart de ses ressources sur ce terrain.

516. L'efficacité de la protection des droits fondamentaux communautaires ne peut, dès lors, pas s'apprécier sans s'affranchir du contexte de la construction communautaire. Que la mission du juge découle des caractéristiques de l'Union et de la Communauté européennes de droit prédétermine la marge de manœuvre de celui-là dans le développement de la protection en question. Aussi, si sa pratique s'est révélée particulièrement constructrice (titre premier), elle ne put épuiser les insuffisances critiquées. Elle devrait au contraire être relayée par une « puissance constitutive » sensibilisée aux perspectives constructives qui ne manquent pas (titre second).

Titre premier

La pratique constructrice

517. Quel que soit leur rôle qualificatif « de droit », les droits fondamentaux font dorénavant partie de l'ordre juridique communautaire. En effet, la Cour de justice les a dégagés, et la « puissance constitutive » confirmés à plusieurs reprises. Aussi une large partie de la doctrine considère-t-elle comme acquise « la lente, progressive et inexorable montée en puissance des droits de l'homme dans le système de la Communauté et de l'Union »¹. L'enrichissement de la construction communautaire avec des droits fondamentaux réalisé par le traité d'Amsterdam fut d'ailleurs perçu, avant même la proclamation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, comme « une véritable "Charte communautaire des droits fondamentaux" »². Dans cette logique, la plupart des auteurs estiment que :

« Cette lente et discrète construction prétorienne a produit un système de garantie des droits fondamentaux que l'on s'accorde généralement à trouver satisfaisant dans la mesure où il a su sélectionner les droits fondamentaux nécessaires à la vie de la Communauté et sanctionner effectivement leur violation »³.

518. Tous ne sont toutefois pas convaincus par cette montée en puissance. Certes, la protection des droits fondamentaux communautaires a été enrichie, notamment par une certaine diversification des droits consacrés. Pour autant, constater leur existence ne suffit pas à en mesurer l'efficacité. Une approche à visée scientifique implique au contraire de s'intéresser à leur réalité pratique, de manière à la confronter à leur importance idéologique. Or, certains auteurs soulignent que le contentieux initié devant la Cour de justice en la matière est numériquement minimal. Si l'opinion du président de la Cour d'arbitrage de Belgique MELCHIOR formulée en 1976 peut sembler anachronique⁴, il s'avère qu'elle n'est pourtant pas réduite à néant aujourd'hui. Elle connaît même un certain succès, au point que plusieurs acteurs du contentieux communautaire estimaient notre sujet de thèse non porteur ou décalé par rapport aux questions principales auxquelles la juridiction communautaire est confrontée... En ce sens, et récemment, l'ancien juge à la CJCE PESCATORE s'est interrogé sur « la consistance réelle des problèmes relatifs à la protection des droits fondamentaux dans le système communautaire », et est allé jusqu'à la qualifier d'« insignifiante au regard de l'ampleur des spéculations qu'on a soulevées à leur propos »⁵. L'ancien juge à la CJCE se fonde en réalité sur des éléments statistiques pour considérer que les droits fondamentaux communautaires ne sont que « quelques problèmes situés à la marge »⁶. Il

¹ P. WACHSMANN, « Les droits de l'homme », *RTDE*, 1997, pp. 883-902, pp. 883-884.

² F. SUDRE, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système de protection des droits de l'homme », *JCP*, 1998, n° 1-2, pp. 9-16, p. 10.

³ J. VERGES, « Droits fondamentaux et droits de Citoyenneté dans l'Union européenne », *RAE*, 1994, n° 4, pp. 75-97, p. 76.

⁴ M. MELCHIOR, « La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire - Rapport de la première commission du VIIe Congrès international de droit européen organisé par la Fédération internationale pour le droit européen, du 2 au 4 octobre 1975, *L'individu et le droit européen* », *CDE*, 1976, pp. 469-476, p. 471.

⁵ Pour les deux citations, P. PESCATORE, « La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux - Enquête sur un problème virtuel », *RMCUE*, 2003, pp. 151-159, p. 153.

⁶ *Id.*

n'a en effet pu repérer que trois arrêts « dans lesquels une violation effective d'un tel droit par l'une des institutions de la Communauté aurait été établie », deux devant la Cour et un devant le Tribunal⁷. Cette « vérité statistique »⁸ contredirait en somme les premières affirmations laudatives envers les droits fondamentaux communautaires.

519. Cette controverse s'épuiserait peut-être en considérant que ces auteurs n'adoptent pas le même point de départ dans leurs réflexions. Il s'agirait de distinguer la protection juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires d'une part qualitativement, et d'autre part quantitativement. Une telle approche emporterait toutefois une vision tronquée de la réalité, en ce que le qualitatif et le quantitatif s'influencent réciproquement. Un droit peut ainsi être qualitativement essentiel, mais s'il n'est pas utilisé formellement, son efficacité demeurera fort limitée et son importance matérielle ou qualitative n'en sera que plus réduite.

520. L'appréhension de l'efficacité des droits fondamentaux communautaires doit donc répondre à plusieurs impératifs. Ils doivent être envisagés non seulement sur le plan des principes, mais également (et peut-être surtout) sur le plan pratique. En effet, trop peu d'études, à notre connaissance, n'étaient leurs affirmations générales sur le niveau de protection des droits fondamentaux communautaires par des éléments objectivement constatables. L'empirisme ne se réduit souvent qu'à la mention de certaines jurisprudences, qui suffisent, selon ces auteurs, à attester la véracité de leurs propos. Pourtant, l'analyse scientifique implique une dose irréductible d'expériences, nécessitant ici une immersion dans le fait juridictionnel communautaire. Comme nous l'avons préalablement présenté⁹, l'observation fonde ainsi une étape essentielle du raisonnement scientifique, et les tendances chiffrées que nous nous proposons de réaliser en constituent un outil relativement probant. En fait, si nos tendances chiffrées n'ont pas la prétention d'atteindre la « vérité statistique »¹⁰ invoquée par d'autres – mais dangereuse, à notre avis, parce que conférant un rôle trop absolu aux chiffres –, elles pourront susciter une analyse qualitative enrichie de fondements pratiques.

521. Finalement, nous n'aboutirons pas à des conclusions radicalement opposées à celles déjà formulées, que ce soit à propos de l'enrichissement des droits fondamentaux ou des progrès réalisés pour leur garantie. Nos tendances chiffrées révèlent effectivement des réalités déjà connues. Elles ont toutefois le mérite d'en préciser les contours et, par ricochet, de dépassionner le débat en le stérilisant de

⁷ P. PESCATORE, « La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux - Enquête sur un problème virtuel », *op. cit.*, p. 153, note n° 3. L'auteur y mentionne les affaires en question. Il s'agit de : CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH c/ Commission*, aff. C-185/95 P, *Rec.*, p. I-8417 ; 13 décembre 2001, *Commission c/ Michael Cwik*, aff. C-340/00, *Rec.*, p. I-10269 ; et de TPICE, 20 février 2001, *Mannesmannröhren-Werke AG c/ Commission*, aff. T-112/98, *Rec.*, p. II-729.

⁸ *Ibid.*, p. 153.

⁹ Voir *supra*, Introduction générale, §§ 46 et s.

¹⁰ P. PESCATORE, « La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux - Enquête sur un problème virtuel », *op. cit.*, p. 153.

considérations politiques, aussi nombreuses que variables. En outre, notre appréciation tendra à articuler les oppositions car, si l'on ne peut que constater l'enrichissement du système de protection des droits fondamentaux communautaires, cela n'implique pas que ce système soit aussi efficace qu'on pourrait le souhaiter dans une « structure de droit » attendue, par la plupart, modernisée. En effet, si la pratique du juge communautaire peut être aussi constructrice que possible, elle ne pourra jamais se substituer pleinement à la carence de la « puissance constitutive » de la construction communautaire. Elle sera toujours légitimement limitée. La Cour de justice a toutefois su profiter de la marge de manœuvre dont elle disposait pour approfondir la protection des droits fondamentaux communautaires en étoffant ces droits (chapitre premier), et en optimisant leur protection (chapitre second), même si le résultat final peut encore décevoir.

CHAPITRE PREMIER

DES DROITS FONDAMENTAUX ÉTOFFÉS

522. Que la matière des droits fondamentaux communautaires ait été densifiée n'est plus une révélation. Les questions du degré et du procédé de cet approfondissement demeurent toutefois. De façon à en circonscrire les réponses, nous adopterons une ligne directrice empirique, fondée sur les résultats des tendances chiffrées que nous avons élaborées grâce au moteur de recherches *Minidoc* disponible en Intranet notamment au sein de la Cour de justice¹¹.

523. Les tendances chiffrées présentent l'opportunité de la simplification des informations recensées, d'autant que nous complèterons nos tableaux de schémas, lorsqu'ils pourront encore faciliter la visibilité de ces données. Par ailleurs, si le déroulé de ces tendances se révélera assez abondant, des synthèses, voire des conclusions intermédiaires, interviendront régulièrement pour mettre en lumière les points qui nous sont apparus déterminants, et que nous aurons déjà pu mettre en évidence par l'usage de la couleur. Afin de permettre la compréhension ou encore la « contrôlabilité »¹² des résultats de ces tendances chiffrées, il est cependant préalablement nécessaire d'informer le lecteur de la démarche adoptée et, par là, de le prévenir des limites des résultats bien fondés.

524. D'une part, nous devons identifier les droits fondamentaux communautaires. Pour ce faire, nous avons décidé de nous fonder sur le plan du *Répertoire de jurisprudence communautaire*. Ce dernier « regroupe, de manière systématique, les sommaires des arrêts et des ordonnances »¹³ de la Cour de justice. L'intérêt de ce plan résulte en fait de ce qu'il « est calqué sur celui du "Répertoire de

¹¹ Voir *supra*, § 47. Nous remercions encore vivement la direction Bibliothèque, Recherche et Documentation de la Cour.

¹² C. GREWE, « Le juge constitutionnel et l'interprétation européenne » in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 354 p., pp. 199-229, p. 224.

¹³ Voir les explications sur Internet : <http://curia.eu.int/fr/content/juris/index_rep.htm>.

jurisprudence de droit communautaire - Série A" publié par la Cour de justice pour la période 1977-1990 »¹⁴. Il était donc susceptible de présenter une liste exhaustive des droits fondamentaux communautaires.

Au sein de la partie A consacrée à l'*Ordre juridique communautaire*, on trouve en effet une sous-partie sur les sources du droit communautaire, comprenant elle-même une subdivision pour les principes généraux du droit contenant les droits fondamentaux, comme indiqué ci-dessous :

A- l'Ordre juridique communautaire
A-01 Sources du droit communautaire
A-01.02 Principes généraux du droit
A-01.02.00 Principes généraux du droit - Généralités
A-01.02.01 Droits fondamentaux
A-01.02.01.00 PGD – Droits fondamentaux – Généralités
A-01.02.01.01 Droit de propriété
A-01.02.01.02 Libre exercice de l'activité économique
A-01.02.01.03 Inviolabilité du domicile
A-01.02.01.04 Liberté d'expression
A-01.02.01.05 Protection de la vie privée
A-01.02.01.06 Liberté religieuse
A-01.02.01.07 Liberté syndicale / Droit de grève
A-01.02.01.08 Liberté d'association
A-01.02.02 Principe d'égalité et de non-discrimination
A-01.02.03 Droits acquis
A-01.02.04 Confiance légitime
A-01.02.05 Sécurité juridique
A-01.02.06 Droits de la défense et garanties procédurales
A-01.02.07 Proportionnalité
A-01.02.08 État de nécessité
A-01.02.09 Légitime défense
A-01.02.10 Force majeure
A-01.02.11 Droit à un recours juridictionnel
A-01.02.12 Interdiction de l'enrichissement sans cause de la Communauté
A-01.02.13 Principe de précaution

Nous étions surprise de constater que certains PGDC ne figurant pas dans la liste des droits fondamentaux en étaient pourtant des éléments manifestes. Surtout, la Cour de justice avait déjà pu les qualifier elle-même comme tels¹⁵. Il s'avère en fait que l'utilisation de l'expression « droit fondamental » s'est généralisée dans le vocabulaire de la Cour ultérieurement. Or, le plan du Répertoire était déjà élaboré, et il semble que personne n'ait estimé utile de consacrer du temps, et donc des fonds, à son remaniement. Bref, ce plan ne pouvait constituer qu'une première base qu'il était nécessaire d'affiner.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Par ex., à propos du *droit à un recours juridictionnel*, voir CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pts 38-39 ; ou encore à propos des *droits de la défense et garanties procédurales* dont fait partie la présomption d'innocence, voir CJCE, 8 juillet 1999, *Huls c/ Commission*, aff. C-199/92 P, *Rec.*, p. I-4287, pts 149-150.

Finalement, nous avons retenu des droits contenus aussi bien dans la liste *Principes généraux du droit* que dans la liste *Droits fondamentaux*. Nous avons ensuite identifié plusieurs façons de formuler l'énoncé de chaque droit, afin d'en capter toutes les expressions. À ce titre, l'utilisation du symbole « * » nous a permis de procéder à des ellipses, notamment en visant aussi bien le singulier que le pluriel des mots utilisés.

Chaque occurrence a pu donner lieu à plusieurs listes de résultats, en fonction du moment où le droit était invoqué :

- dans la requête depuis 1996¹⁶ ;
- dans les mots-clés approuvés par le juge rapporteur pour l'en-tête du sommaire publié au *Recueil de jurisprudence* ;
- enfin, depuis 1985, dans l'index du même *Recueil*, soit les entrées sous lesquelles l'affaire publiée est mentionnée dans la table alphabétique des matières du *Recueil*.

Par la suite, nous avons combiné les différentes listes pour supprimer les doublons et identifier l'ensemble des caractères de chaque affaire. Le tableau suivant récapitule les différentes opérations.

¹⁶ Auparavant, de 1983 à 1995, les descripteurs étaient utilisés pour rendre compte du contenu de l'affaire en général.

<i>Droits fondamentaux communautaires retenus</i>	<i>Différentes occurrences linguistiques</i>
Droits fondamentaux	droit* fundamenta*
	liberté* fundamenta*
Droit de propriété	droit* de propriété*
Libre exercice de l'activité économique	libre exercice de l'activité économique
	libre exercice ET activité économique
	liberté d'entrepr*
Inviolabilité du domicile	inviolabilité du domicile
Liberté d'expression	liberté d'expression
	liberté de réunion
Protection de la vie privée	vie privée
	vie familiale
	orientation sexuelle
<i>Liberté religieuse</i>	<i>liberté religieuse</i> ¹⁷
Liberté syndicale / Droit de grève	liberté syndicale
	droit de grève
	organisation* syndicale*
Liberté d'association	liberté d'association
Principe d'égalité et de non-discrimination	principe d'égalité et de non-discrimination
	principe d'égalité
	non-discrimination
Confiance légitime	confiance légitime
Sécurité juridique	sécurité juridique
Droits de la défense et garanties procédurales	droits de la défense et garanties procédurales
	droits de la défense
	garanties procédurales
	droit à un procès équitable
	procès équitable
Proportionnalité	proportionnalité
	proportionnalité des sanctions
Droit à un recours juridictionnel	droit à un recours juridictionnel
	droit * recours
	droit au recours
	droit à un recours
	recours effectif
	droit à un recours effectif

¹⁷ N'ayant pas retenu le contentieux des fonctionnaires en général et puisque la seule affaire abordant la liberté religieuse en relevait, nous n'aborderons pas ce droit fondamental.

525. D'autre part, nous devions pouvoir comparer cette liste de résultats concernant les droits fondamentaux, à la situation des recours en général. Nous avons donc effectué une recherche par type de recours, mentionnant également le résultat de la procédure, puis fusionné les listes obtenues au sein d'une liste du contentieux communautaire en général. Il nous était alors possible d'apprécier les affaires concernant les droits fondamentaux, au regard des affaires en général.

526. Les perspectives peuvent en fait être multiples grâce à la possibilité de combiner des recherches avec le filtre automatique du logiciel EXCEL. Notre travail s'annonçait ainsi particulièrement prometteur, jusqu'à ce que nous constatons que certains éléments n'étaient pas fiables comme déjà annoncé¹⁸. En particulier, le mot-clé désignant les affaires introduites par les particuliers n'avait pas été utilisé pour toutes les affaires manifestement concernées ou encore la liste relative à l'inviolabilité du domicile s'est révélée incomplète¹⁹. S'il nous a été possible, relativement facilement, de reprendre la qualité des requérants sur la base de leurs noms dans l'intitulé des affaires, il nous était matériellement infaisable de relire entièrement chaque affaire des 7 532 résultats identifiés, pour vérifier que les caractéristiques relevées sur Minidoc étaient correctes. Nous nous trouvions en réalité devant les variations inexorables de la qualification humaine.

Nous avons pourtant choisi de ne pas abandonner l'entreprise. Nous avons en effet considéré que la manière d'attribuer des codes aux affaires devait avoir été relativement semblable, quelles que soient les matières. Il suffisait, pour notre part, d'indiquer à chaque fois au lecteur, les potentielles réserves que nous avons pu constater. Aussi semblait-il toujours possible de dégager des rapports, des proportions, bref des tendances idoines à la compréhension de la protection des droits fondamentaux communautaires.

527. Nos recherches empiriques et chiffrées devaient effectivement nous conduire à démontrer concrètement que les droits fondamentaux communautaires ont pris de plus en plus d'importance devant le juge de Kirchberg. Elles devaient également nous permettre d'identifier les droits efficaces. Au travers des évolutions temporelles, il fut possible de souligner la récurrence de certains droits. Aussi, globalement, l'emprise procédurale croissante des droits fondamentaux en général est tout aussi manifeste (première section), que l'emprise matérielle persistante de certains droits (seconde section).

¹⁸ Voir *supra*, Introduction, § 48.

¹⁹ Ayant, dans un autre contexte, travaillé sur l'inviolabilité du domicile, nous en avons recensé toutes les affaires réglées devant la juridiction communautaire. La liste obtenue suite à la combinaison des recherches sur Minidoc était toutefois inférieure. Vu le nombre relativement faible d'affaires concernées, il était en fait relativement aisé de vérifier la pertinence de la liste Minidoc.

Première section. L'emprise procédurale croissante des droits fondamentaux

528. Aux yeux de la doctrine, la protection des droits fondamentaux communautaires souffre d'un défaut majeur : « l'incapacité d'intenter un recours contre la violation d'un droit de l'homme *per se* »²⁰. Comme l'individu ne peut qu'accéder difficilement au juge du Kirchberg par le biais des recours qui lui sont ouverts²¹, « subsist[e] au détriment de l'individu un déficit procédural d'autant moins supportable que le droit d'accès direct au juge devient un moyen absolument nécessaire pour faire respecter ses libertés fondamentales, tant au niveau national qu'eupéen »²².

529. Certes, le système contentieux doit, selon la Cour de justice, être envisagé en son entier du fait de la « complémentarité des voies de droit »²³. Pourtant, l'efficacité de cette complémentarité est mise en doute que ce soit par la doctrine²⁴, ou certains acteurs du contentieux communautaire²⁵ : si le recours en annulation demeure trop fermé au particulier, les autres voies de droit ne s'avèreraient pas efficaces et ne compenseraient qu'insuffisamment les défauts du recours en annulation.

530. La critique est majeure. Elle mériterait toutefois quelques précisions, sachant que, de toute façon, la politique volontariste de la Cour n'a pas pu avoir pour effet de favoriser l'accès des particuliers du fait d'un texte explicitement contraire. Considérer que les recours existants ne sont pas utiles aux droits fondamentaux communautaires implique alors de démontrer que les mêmes recours sont plus performants en dehors de la problématique de ces droits. De la même manière, estimer que l'individu ne peut défendre ses droits fondamentaux doit résulter d'une comparaison à l'aune de l'efficacité des recours intentés par les autres requérants.

Dans cette optique, il appert que la Cour de justice a pu développer la garantie des normes communautaires en général pour tenter de compenser la persistance des limites des voies de droit ouvertes aux particuliers, toujours médiatisés par les États.

²⁰ C. TURNER, « *Human Rights Protection in the European Community : Resolving Conflict and Overlap Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights* », *EPL*, 1999, pp. 453-470, p. 458 : « (4) The inability to bring an action for human rights violation *per se* is the greatest weakness ». Voir également A.G. TOTH, « *The European Union and Human Rights : the Way Forward* », *CML Rev.*, 1997, pp. 491-529, p. 494.

²¹ Voir *supra*, §§ 206 et s., sur la recevabilité forcément limitée des recours intentés par les particuliers.

²² G. COHEN-JONATHAN, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme » in *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau. Les mutations contemporaines du droit public*, Paris, Dalloz, 2002, 720 p., pp. 3-31, pp. 7-8.

²³ Se référer not. à D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., § 430, pp. 542-543. Voir en outre spéc. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, 2003, 1136 p.

²⁴ Voir par ex. F. SUDRE, « "Droit au juge" et contentieux de la légalité en droit communautaire : la clé du prétoire n'est pas un passe-partout » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. II, pp. 1399-1419, p. 1418.

²⁵ Sur ce point, voir Conclusions de l'avocat général JACOBS du 21 mars 2002, rendues sur l'arrêt du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pt 37 ; et TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Cie SA c/ Commission*, aff. T-177/01, *Rec.*, p. II-2365, pts 44 à 47.

Aussi, comme nous l'avons déjà expliqué²⁶, la Cour tend à approfondir la garantie des normes communautaires notamment vis-à-vis des autorités nationales, phénomène indirectement profitable à la situation des individus. De ce fait, nos tendances chiffrées ne pouvaient se limiter à n'envisager que le particulier au sein des recours qu'il est susceptible d'intenter. Elles devaient au contraire présenter la situation des droits fondamentaux communautaires quels que soient les différents types de recours (§1), ou les différentes qualités de requérants (§2).

§1. L'opportunité des différents recours

531. Afin de mettre en évidence la place des droits fondamentaux dans le contentieux communautaire, nous allons en présenter la situation au sein de chaque recours potentiellement utile, directement ou indirectement, pour les particuliers. Aussi allons-nous envisager successivement les recours habituellement présentés comme accessibles aux personnes²⁷ :

- *Le recours en annulation de l'article 173 CEE devenu 230 CE* permet en effet d'« obtenir du juge l'annulation d'une disposition prise par une institution des Communautés et affectée de l'un ou de plusieurs des vices qui la rendent illégale »²⁸.
- *Le renvoi préjudiciel de l'article 177 CEE devenu 234 CE* ouvre la possibilité aux juridictions nationales des États membres de poser une question à la Cour de justice soit sur l'interprétation du traité, soit sur la validité et/ou l'interprétation des actes adoptés par les institutions. Il constitue alors un moyen détourné pour le particulier d'accéder au juge communautaire, moyen conditionné toutefois par la décision finale de son juge national.
- *Le recours en responsabilité de l'article 178 CEE devenu 235 CE* permet, pour sa part, à toute victime lésée par « les dommages causés par [les] institutions ou par [leurs] agents dans l'exercice de leurs fonctions »²⁹ de demander réparation à la Communauté européenne. Les particuliers semblent donc ici pouvoir mettre en évidence leurs préjudices fondés sur la violation de leurs droits fondamentaux.

Par ailleurs, puisque les autres recours peuvent constituer, pour la juridiction communautaire, un moyen d'améliorer implicitement la situation des particuliers en faisant pression sur les institutions et surtout sur les États membres, nous nous intéresserons également aux procédures suivantes³⁰ :

²⁶ Voir *supra*, §§ 228 et s., sur les progrès de la garantie vis-à-vis des autorités nationales.

²⁷ Le Tribunal réfléchit ainsi sur ces trois types de recours pour apprécier le respect du droit à un recours effectif des particuliers, spécialement dans l'affaire *Jégo-Quéré* : TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Cie SA c/ Commission*, aff. T-177/01, *Rec.*, p. II-2365, pts 44 à 47. Nous remarquons que n'est pas citée l'exception d'illégalité de l'article 184, devenu 241 CE. D'ailleurs, les codes Minidoc n'en font pas état puisqu'est toujours en cause un autre recours.

²⁸ J. BOULOUIS, M. DARMON et J.-G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2001, 435 p., § 370, p. 175.

²⁹ Article 215 CEE devenu 288, alinéa 2, CE.

³⁰ La situation du fonctionnaire n'ayant aucun effet pour le particulier, nous allègerons notre présentation en évitant d'aborder cette question.

- *Le recours en carence de l'article 175 CEE devenu 232 CE* « a pour objet de faire constater par le juge l'illégalité de l'abstention d'une institution, légalement tenue de prendre une décision »³¹. Dès lors, il peut constituer un moyen pour les particuliers d'obliger la Commission par exemple à faire en sorte qu'ils puissent faire valoir leurs droits.
- *Le recours en constatation de manquement de l'article 169 CEE devenu 226 CE* « confère à la Cour [sur saisine de la Commission] le pouvoir de statuer en dernier ressort pour constater qu'un État membre a manqué à une des obligations lui incombant en vertu du droit communautaire »³². Il permet alors à la Commission de faire sanctionner un État dont l'attitude empêche la concrétisation des normes communautaires et aussi, par là, les droits dont peuvent bénéficier les particuliers.
- Enfin, le négligé *recours contre une sanction de l'article 172 CEE devenu 229 CE* « habilite le Conseil à étendre, au-delà des strictes limites du contrôle de légalité, l'intensité du contrôle de la juridiction communautaire à l'égard des sanctions prononcées à l'encontre des personnes physiques et morales, sur le fondement de dispositions adoptées par le législateur communautaire »³³. Il concerne ainsi spécialement les particuliers susceptibles d'être sanctionnés par les institutions (et non par les autorités nationales), et constitue alors un élément du contentieux important, quoique assez largement ignoré par la doctrine.

De manière à gagner en lisibilité au sein de nos tableaux et de nos schémas, nous viserons ces recours par des intitulés réduits. Il s'agira respectivement de : annulation, renvoi préjudiciel, responsabilité, carence, manquement et sanction.

532. En fait, il sera intéressant de combiner plusieurs éléments qui pourront, pour les mêmes raisons de visibilité, être désignés par des intitulés réduits, indiqués entre parenthèse s'il y a lieu. Nous présenterons ainsi, pour chaque type de procédure :

- le nombre de recours traités et clôturés par un arrêt ou une ordonnance ;
- le nombre de recours dits « obtenus » selon *Minidoc*³⁴, pour lesquels nous préférons utiliser l'expression moins ambiguë de bien fondés³⁵ ;
- ainsi que le nombre de recours dans lesquels les droits fondamentaux sont invoqués dans la requête (DLF requête), puis par le juge rapporteur pour l'entête de l'arrêt (DLF juge rapporteur), et enfin au sein de l'index du *Recueil de jurisprudence* (DLF index), sachant que ces trois informations seront combinées dans le nombre de

³¹ J. BOULOUIS, M. DARMON et J.-G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, op. cit., § 487, p. 222.

³² G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2006, 539 p., p. 424.

³³ P. ROSEREN, « Article 229 » in P. LÉGER (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Paris, Bruxelles, Dalloz, Bruylant, 2000, 2060 p., pp. 1633-1636, § 1, p. 1634.

³⁴ Il est à noter que 104 des références dont nous disposons ne présentent aucun résultat de procédure, ce qui vient nuancer la rigueur des chiffres bien fondés en la matière. Néanmoins, il ne s'agit que de 4.84% des 2148 affaires pour lesquelles est attendue une telle mention (c'est-à-dire les affaires sans les recours préjudiciels), soit 3.06% du total des 3390 affaires pour cette période.

³⁵ Minidoc désigne en effet par « obtenu » les affaires gagnées. Néanmoins, ce terme peut désigner en général aussi bien le fait que la requête a été déclarée recevable, que le fait qu'elle a été reconnue fondée. Pour éviter la confusion, nous utiliserons dès lors l'expression « bien fondé ».

recours concernant les droits fondamentaux quel que soit le moment de leur invocation (DLF en général).

Néanmoins, comme ces informations ne sont pas disponibles pour toutes les années, nous avons élargi les années les plus anciennes. Notre étude débute alors à partir de 1985, année à partir de laquelle les mots-clés de l'index sont répertoriés. Toutefois, nous avons grisé les données relatives au contenu de la requête qui ne sont inventoriées comme telles qu'à partir de 1996. Elles présentent néanmoins un intérêt puisque le contenu de la requête n'est pas étranger au contenu de l'affaire, objet de l'attention de 1983 à 1995.

533. Enfin, pour donner un point de repère, nous présentons préalablement le total des affaires réglées par année, tout type de recours confondus (à l'exception des recours des fonctionnaires).

1 - Total des affaires réglées par année, tout type de recours confondus							
1985	192		1992	254		1999	385
1986	169		1993	260		2000	471
1987	205		1994	254		2001	448
1988	226		1995	306		2002	491
1989	168		1996	314		2003	523
1990	224		1997	359		<i>total 1985-2003</i>	5887
1991	239		1998	399		<i>TOTAL 1950-2003</i>	7532

A. Le recours en annulation

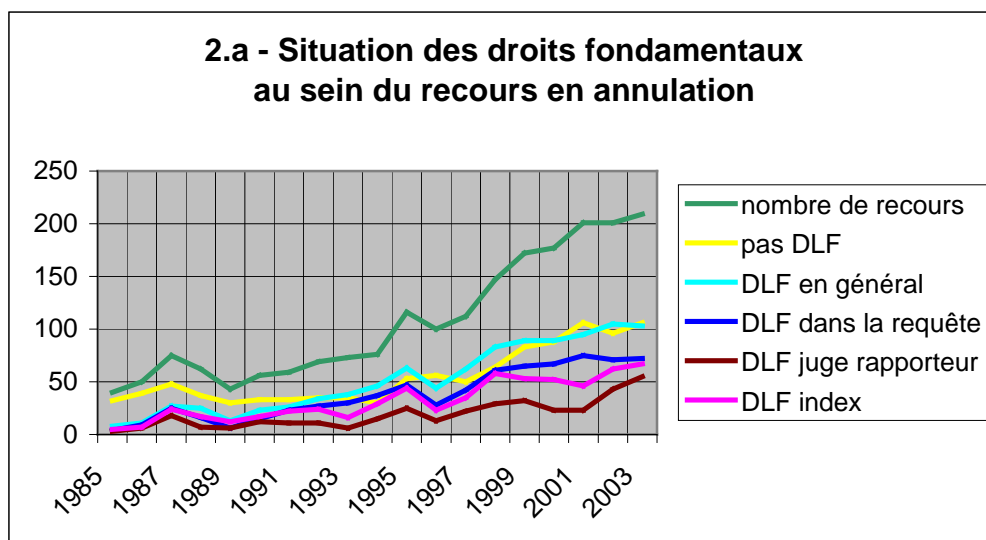
534. La série de documents n° 2.a présente la situation des droits fondamentaux au sein du recours en annulation en général. Le tableau 2.a.1 recense les données brutes, tandis que le tableau 2.a.2 les révèlent sous forme de pourcentages, plus faciles à interpréter. Le schéma 2.a présente enfin l'avantage d'être fondé sur les nombres bruts, tout en induisant les rapports de proportion repérables avec les pourcentages.

Si le nombre de recours en annulation a été multiplié par plus de 5 entre 1985 et 2003, le nombre de recours dans lesquels les droits fondamentaux sont invoqués en général a explosé : il a été multiplié par presque 13. L'évolution est donc plus de deux fois plus importante. Par ailleurs, ce nombre de recours (courbe bleu ciel) tend de nos jours à dépasser le nombre de recours dans lesquels les droits fondamentaux n'apparaissent pas (courbe jaune) alors que, au départ, il lui était environ deux fois inférieur. Bref, tout cela confirme que [les droits fondamentaux occupent une place de plus en plus forte au sein des recours en annulation](#).

Par ailleurs, nous remarquons que cette évolution témoigne d'une invocation soutenue et stable, en termes de pourcentages, par les requérants : dans plus du tiers des recours en annulation intentés, il est question de droits fondamentaux. Si l'index tend à suivre cette tendance, le juge rapporteur évoque ces droits dans ses mots-clés pratiquement deux fois moins souvent. Ce constat ouvre alors la réflexion sur la pertinence de l'invocation des droits fondamentaux par les requérants.

2.a.1 - Situation des droits fondamentaux au sein du recours en annulation par année						
<i>année</i>	<i>nombre de recours en annulation traités</i>	<i>Recours sans DLF</i>	<i>Recours avec DLF en général</i>	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
1985	40	32	8	4	3	5
1986	50	39	11	9	6	7
1987	75	48	27	25	18	24
1988	62	37	25	16	7	17
1989	43	30	13	6	6	12
1990	56	33	23	15	12	17
1991	59	33	26	23	11	22
1992	69	35	34	27	11	24
1993	73	35	38	30	6	16
1994	76	30	46	37	15	29
1995	116	53	63	47	25	44
1996	100	56	44	28	13	23
1997	112	50	62	42	22	35
1998	147	64	83	61	29	58
1999	172	83	89	65	32	53
2000	177	88	89	67	23	52
2001	201	106	95	75	23	46
2002	201	96	105	71	43	62
2003	209	106	103	72	55	67
total 1985-2003	2038	1054	984	720	360	613
TOTAL 1950-2003	2428	1406	1022	731	392	613

2.a.2 - % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours en annulation par année					
<i>Année</i>	<i>Recours sans DLF</i>	<i>Recours avec DLF en général</i>	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
1985	80%	20%	10%	8%	13%
1986	78%	22%	18%	12%	14%
1987	64%	36%	33%	24%	32%
1988	60%	40%	26%	11%	27%
1989	70%	30%	14%	14%	28%
1990	59%	41%	27%	21%	30%
1991	56%	44%	39%	19%	37%
1992	51%	49%	39%	16%	35%
1993	48%	52%	41%	8%	22%
1994	39%	61%	49%	20%	38%
1995	46%	54%	41%	22%	38%
1996	56%	44%	28%	13%	23%
1997	45%	55%	38%	20%	31%
1998	44%	56%	41%	20%	39%
1999	48%	52%	38%	19%	31%
2000	50%	50%	38%	13%	29%
2001	53%	47%	37%	11%	23%
2002	48%	52%	35%	21%	31%
2003	51%	49%	34%	26%	32%
total 1985-2003	52%	48%	35%	18%	30%
TOTAL 1950-2003	58%	42%	30%	16%	25%



535. Si les juges rapporteurs ont tendance à viser les droits fondamentaux deux fois moins souvent que les requérants, il est utile de vérifier si l'on peut simplement expliquer le phénomène par des invocations inutiles des requérants. Aussi allons-nous nous intéresser à la situation des droits fondamentaux au sein du recours en annulation qui ont abouti au fond³⁶, dans la série de documents n° 2.b suivante. De la même manière que précédemment, le tableau 2.b.1 recense les données brutes, le tableau 2.b.2 les présentent sous forme de pourcentages, enfin le schéma 2.b synthétise le tout.

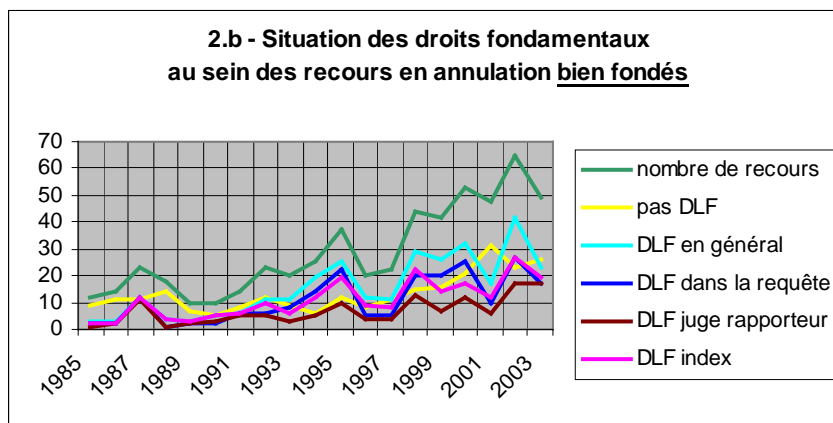
Nous constatons en fait une évolution du nombre de recours en annulation bien fondés assez similaire à celle présentée ci-dessus. Ce nombre a été multiplié par 4 entre 1985 et 2003. En outre, le nombre de recours en annulation bien fondés dans lesquels les droits fondamentaux ont été invoqués en général a subi une croissance également environ deux fois plus forte. Le pourcentage du nombre total de recours bien fondés dans lesquels les droits fondamentaux sont présents est, dès lors, devenu supérieur à celui du nombre total des autres recours bien fondés : alors que, de 1950 à 2003, ceux-ci sont majoritaires, de 1985 à 2003, ceux-là le deviennent. **Les droits fondamentaux pourraient ainsi jouer un certain rôle dans le bien-fondé du recours en annulation** même si, finalement, les courbes bleu ciel et jaune ne révèlent pas une grande différence.

Nous pouvons également remarquer que, si le nombre d'affaires réglées pour lesquelles le juge rapporteur vise des droits fondamentaux demeure inférieur aux autres moments de la procédure (courbe marron), il l'est comparativement moins qu'au sein des recours en annulation en général : on passe d'un rapport de presque 2 à 1.6. On peut alors en déduire **qu'une part des invocations des requérants n'est pas pertinente, même si le juge rapporteur semble toujours plus parcimonieux.**

³⁶ Nous précisons toutefois que le fait que les recours ont été bien fondés peut n'avoir aucun lien avec l'invocation ou la mention de droits fondamentaux. Il s'agit simplement de croiser des données pour supposer des influences.

2.b.1 – Situation des droits fondamentaux au sein des recours en annulation <u>bien fondés</u> par année						
<i>année</i>	<i>nombre de recours en annulation bien fondés</i>	<i>Recours sans DLF</i>	<i>Recours avec DLF en général</i>	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
1985	12	9	3	2	1	2
1986	14	11	3	2	2	2
1987	23	11	12	12	11	12
1988	18	14	4	1	1	4
1989	10	7	3	2	2	3
1990	10	5	5	2	3	5
1991	14	8	6	6	5	6
1992	23	12	11	6	5	10
1993	20	9	11	8	3	6
1994	25	6	19	14	5	12
1995	37	12	25	22	10	19
1996	20	8	12	5	4	9
1997	22	11	11	5	4	8
1998	44	15	29	20	13	22
1999	42	16	26	20	7	14
2000	53	21	32	25	12	17
2001	48	31	17	10	6	12
2002	65	23	42	27	17	27
2003	49	26	23	17	17	19
<i>total 1985-2003</i>	549	255	294	206	128	209
TOTAL 1950-2003	662	359	303	209	134	209

2.b.2 - % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours en annulation <u>bien fondés</u> par année					
<i>année</i>	<i>Recours sans DLF</i>	<i>Recours avec DLF en général</i>	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
1985	75%	25%	17%	8%	17%
1986	79%	21%	14%	14%	14%
1987	48%	52%	52%	48%	52%
1988	78%	22%	6%	6%	22%
1989	70%	30%	20%	20%	30%
1990	50%	50%	20%	30%	50%
1991	57%	43%	43%	36%	43%
1992	52%	48%	26%	22%	43%
1993	45%	55%	40%	15%	30%
1994	24%	76%	56%	20%	48%
1995	32%	68%	59%	27%	51%
1996	40%	60%	25%	20%	45%
1997	50%	50%	23%	18%	36%
1998	34%	66%	45%	30%	50%
1999	38%	62%	48%	17%	33%
2000	40%	60%	47%	23%	32%
2001	65%	35%	21%	13%	25%
2002	35%	65%	42%	26%	42%
2003	53%	47%	35%	35%	39%
<i>total 1985-2003</i>	46%	54%	38%	23%	38%
TOTAL 1950-2003	54%	46%	32%	20%	32%



B. Le renvoi préjudiciel

536. La série de documents n° 3 présente la situation des droits fondamentaux au sein du renvoi préjudiciel. Elle obéit à la même logique de présentation que précédemment. Nous indiquons toutefois dès à présent que l'étude du renvoi préjudiciel n'impliquera pas une seconde étape puisque, par nature, le renvoi préjudiciel ne peut pas être bien fondé devant la CJCE.

En premier lieu, il s'avère que, si le nombre de renvois préjudiciels a augmenté entre 1985 et 2003, le taux de croissance est bien moindre que celui du recours en annulation : ici, il n'approche difficilement que 2 (contre 5 pour le recours en annulation). De la même manière, le nombre de renvois préjudiciels dans lesquels sont invoqués les droits fondamentaux en général s'accroît sur la même période ; il n'est cependant multiplié que par 3.4. Dès lors, le rapport entre les taux de croissance des recours d'une part, et des recours avec droits fondamentaux d'autre part, demeure similaire : les seconds augmentent deux fois plus vite que les premiers *en matière préjudicielle comme vis-à-vis des recours en annulation. Aussi les droits fondamentaux ne semblent-ils pas plus privilégiés dans l'une ou l'autre des procédures.*

En second lieu, nous pouvons toutefois constater que la part des renvois préjudiciels avec droits fondamentaux au sein de l'ensemble des renvois préjudiciels est beaucoup plus faible qu'en ce qui concerne les recours en annulation. Alors qu'on approchait la moitié, on arrive péniblement à un tiers. En fait, si le taux des affaires avec droits fondamentaux dans l'index est semblable, il est divisé par 2.5, voire 3, à propos de la requête, et divisé par pratiquement 2 devant le juge rapporteur. Le phénomène est dès lors inverse : *les juges nationaux invoquent trop peu souvent les droits fondamentaux.* La part stable d'affaires référencées dans l'index (environ 30% pour les deux recours) tend ainsi à montrer que les juges nationaux pourraient se montrer plus audacieux, sans que cela devienne inapproprié. En effet, les juges nationaux disposent seuls de l'initiative du renvoi préjudiciel, et en apprécient souverainement la teneur³⁷. Les parties et leurs

³⁷ Sur ce point, voir implicitement, P. ROSEREN, « Article 234 » in P. LÉGER (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, op. cit., pp.1662-1677, §§ 19 et 20 ; ou F. LEFEBVRE, *Mémento pratique Union européenne 2006-2007*, Levallois, éd. Francis Lefebvre, 2005, 1334 p., § 640, p. 90 ; et explicitement J. BOULOUIS, M. DARMON et J.-G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, op. cit., § 43,

avocats peuvent certes avoir un rôle à jouer en suggérant le recours préjudiciel. Néanmoins, le juge national conserve le dernier mot puisqu'il peut recourir à une telle procédure d'office³⁸, et même avant tout débat contradictoire³⁹. Il existe donc encore un moyen de susciter l'amélioration de la protection des droits fondamentaux communautaires, mais il incombe essentiellement au juge national⁴⁰.

pp. 20-21 ; ou encore J.-M. FAVRET, *Droit et pratique de l'Union européenne*, Paris, Gualino, 5^{ème} éd., 2005, 678 p., § 567, pp. 535-536.

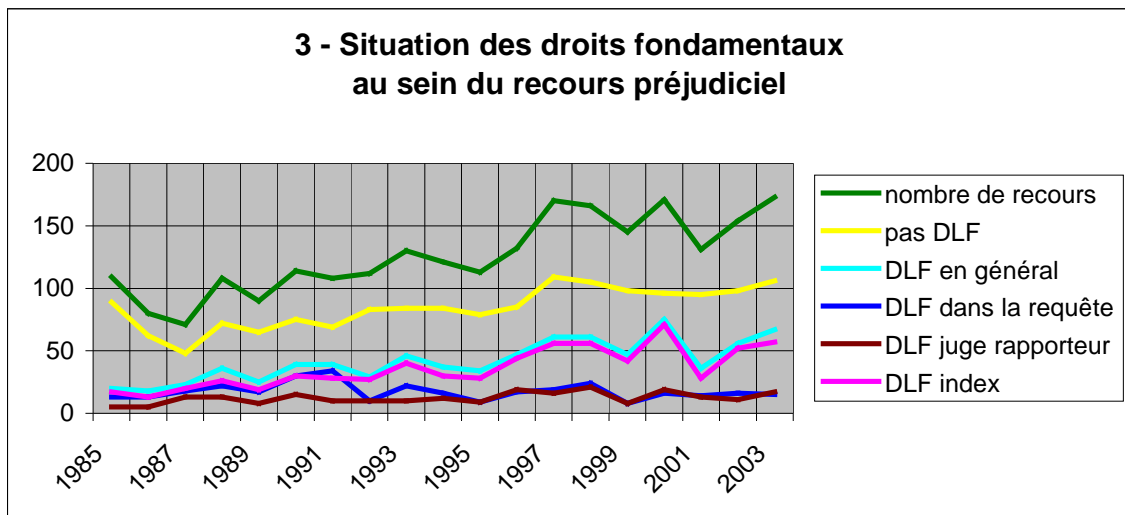
³⁸ Voir en particulier CJCE, 16 juin 1981, *Maria Salonia c/ Giorgio Poidomani et Franca Giglio, veuve Baglieri*, aff. 126/80, *Rec.*, p. 1563, pt 7 ; et plus récemment, CJCE, 11 juillet 1991, *A. Verholen et autres c/ Sociale Verzekeringsbank Amsterdam*, aff. jointes C-87 à 89/90, *Rec.*, p. I-3757, pt 12.

³⁹ Sur ce point, se référer à CJCE, 28 juin 1978, *Simmenthal SpA c/ Amministrazione delle finanze*, aff. 70/77, *Rec.*, p. 1453, pts 9 et 10. Comme le juge l'explique au point 10, il peut « s'avérer de l'intérêt d'une bonne justice que la question préjudicielle ne soit posée qu'à la suite d'un débat contradictoire ». En ce sens, certains auteurs considèrent que le juge national devrait « saisir la Cour d'une question que les parties n'auraient pas soulevée, après les avoir invitées à s'exprimer à cet égard ». Voir J. BOULOUIS, M. DARMON et J.-G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, *op. cit.*, § 43, pp. 20-21, p. 21.

⁴⁰ En ce sens, voir également J. ZILLER, « La dialectique du contentieux européen : le cas des recours contre les actes normatifs » in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges offerts à Michel Fromont*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, 473 p., pp. 443-464, p. 461.

3.a - Situation des droits fondamentaux au sein du renvoi préjudiciel par année						
<i>année</i>	<i>nombre de renvois préjudiciels traités</i>	<i>Recours sans DLF</i>	<i>Recours avec DLF en général</i>	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
1985	109	89	20	13	5	17
1986	80	62	18	13	5	13
1987	71	48	23	18	13	20
1988	108	72	36	22	13	26
1989	90	65	25	17	8	19
1990	114	75	39	30	15	30
1991	108	69	39	34	10	28
1992	112	83	29	10	10	27
1993	130	84	46	22	10	40
1994	121	84	37	16	12	30
1995	113	79	34	9	9	28
1996	132	85	47	17	19	44
1997	170	109	61	19	16	56
1998	166	105	61	24	21	56
1999	145	98	47	8	8	42
2000	171	96	75	16	19	71
2001	131	95	36	14	13	28
2002	154	98	56	16	11	52
2003	173	106	67	15	17	57
<i>total 1985-2003</i>	2398	1602	796	333	234	684
<i>TOTAL 1950-2003</i>	3338	2475	863	346	295	684

3.b - % de chaque catégorie par rapport au nombre de renvois préjudiciels par année					
<i>année</i>	<i>Recours sans DLF</i>	<i>Recours avec DLF en général</i>	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
1985	82%	18%	12%	5%	16%
1986	78%	23%	16%	6%	16%
1987	68%	32%	25%	18%	28%
1988	67%	33%	20%	12%	24%
1989	72%	28%	19%	9%	21%
1990	66%	34%	26%	13%	26%
1991	64%	36%	31%	9%	26%
1992	74%	26%	9%	9%	24%
1993	65%	35%	17%	8%	31%
1994	69%	31%	13%	10%	25%
1995	70%	30%	8%	8%	25%
1996	64%	36%	13%	14%	33%
1997	64%	36%	11%	9%	33%
1998	63%	37%	14%	13%	34%
1999	68%	32%	6%	6%	29%
2000	56%	44%	9%	11%	42%
2001	73%	27%	11%	10%	21%
2002	64%	36%	10%	7%	34%
2003	61%	39%	9%	10%	33%
<i>total 1985-2003</i>	67%	33%	14%	10%	29%
<i>TOTAL 1950-2003</i>	74%	26%	10%	9%	20%



C. Le recours en responsabilité

537. Le recours en responsabilité peut constituer un autre substitut au recours en annulation trop fermé aux particuliers. Il permet en effet de mettre en cause la responsabilité de la Communauté européenne, y compris pour la violation « d'un principe général du droit communautaire, de rang supérieur, visant la protection des particuliers »⁴¹. La CJCE se serait même d'ailleurs fondée implicitement sur la CESDH pour justifier l'attribution d'« une satisfaction équitable, en raison de la durée excessive de la procédure »⁴². La série de documents n° 4 sur la situation des droits fondamentaux au sein du recours en responsabilité est donc susceptible de nous intéresser.

Nous remarquons, d'une part, que l'emprise des droits fondamentaux connaît une croissance similaire aux situations précédentes. Si le nombre de recours en responsabilité a été multiplié par plus de 4, le nombre de recours avec droits fondamentaux l'a été par plus de 13, soit environ 3 fois plus. La part des recours en responsabilité avec droits fondamentaux dépasse ainsi désormais le plus souvent le seuil des 50% d'un tel recours.

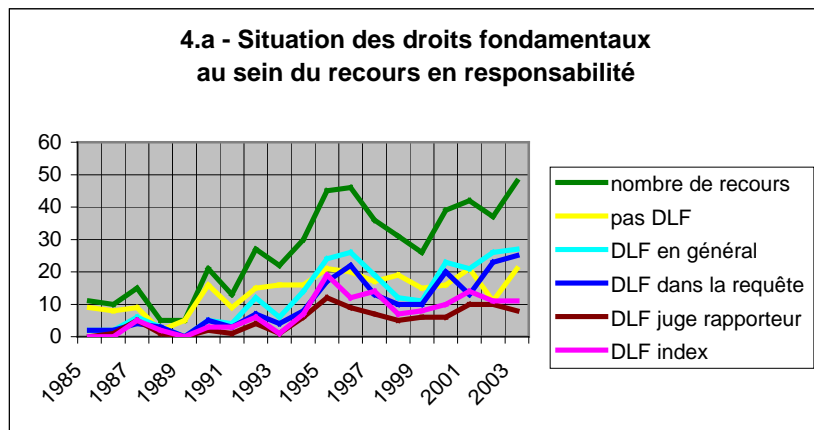
D'autre part, les raisons de cette croissance apparaissent également semblables. **Les droits fondamentaux sont de plus en plus invoqués dans les requêtes**, si bien que les taux en cause dépassent en moyenne de 6.6 points les taux correspondants au recours en annulation de 1996 à 2003. Les requérants semblent alors avoir compris l'enjeu du recours en responsabilité, même si le **juge rapporteur demeure toujours parcimonieux**.

⁴¹ CJCE, 19 mai 1992, *Mulder e.a. et Heinemann c/ Conseil et Commission*, aff. jointes C-104/89 et C-37/90, *Rec.*, p. I-3061, pt 15. Voir à ce sujet J.-C. PIRIS, « L'Union européenne a-t-elle une constitution ? Lui en faut-il une ? », *RTDE*, 1999, pp. 599-635, p. 606.

⁴² CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH c/ Commission*, aff. C-185/95 P, *Rec.*, p. I-8417, pts 47 et 141. Sur la question du fondement implicite sur la CESDH, voir Jean-Claude PIRIS, *ibid.* ; ou encore D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2001, 779 p., § 292, pp. 359-362, p. 361.

4.a.1 - Situation des droits fondamentaux au sein du recours en responsabilité par année						
<i>année</i>	<i>nombre de recours en responsabilité traités</i>	<i>Recours sans DLF</i>	<i>Recours avec DLF en général</i>	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
1985	11	9	2	2	0	0
1986	10	8	2	2	1	0
1987	15	9	6	4	5	5
1988	5	2	3	3	1	2
1989	5	5	0	0	0	0
1990	21	16	5	5	2	3
1991	13	9	4	3	1	3
1992	27	15	12	7	4	6
1993	22	16	6	4	1	1
1994	30	16	14	8	6	7
1995	45	21	24	17	12	19
1996	46	20	26	22	9	12
1997	36	17	19	13	7	14
1998	31	19	12	10	5	7
1999	26	15	11	10	6	8
2000	39	16	23	20	6	10
2001	42	21	21	13	10	14
2002	37	11	26	23	10	11
2003	48	21	27	25	8	11
<i>total 1985-2003</i>	509	266	243	191	94	133
TOTAL 1950-2003	669	419	250	195	98	133

4.a.2 - % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours en responsabilité par année					
<i>année</i>	<i>Recours sans DLF</i>	<i>Recours avec DLF en général</i>	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
1985	82%	18%	18%	-	-
1986	80%	20%	20%	10%	-
1987	60%	40%	27%	33%	33%
1988	40%	60%	60%	20%	40%
1989	100%	-	-	-	-
1990	76%	24%	24%	10%	14%
1991	69%	31%	23%	8%	23%
1992	56%	44%	26%	15%	22%
1993	73%	27%	18%	5%	5%
1994	53%	47%	27%	20%	23%
1995	47%	53%	38%	27%	42%
1996	43%	57%	48%	20%	26%
1997	47%	53%	36%	19%	39%
1998	61%	39%	32%	16%	23%
1999	58%	42%	38%	23%	31%
2000	41%	59%	51%	15%	26%
2001	50%	50%	31%	24%	33%
2002	30%	70%	62%	27%	30%
2003	44%	56%	52%	17%	23%
<i>total 1985-2003</i>	52%	48%	38%	18%	26%
TOTAL 1950-2003	63%	37%	29%	15%	20%



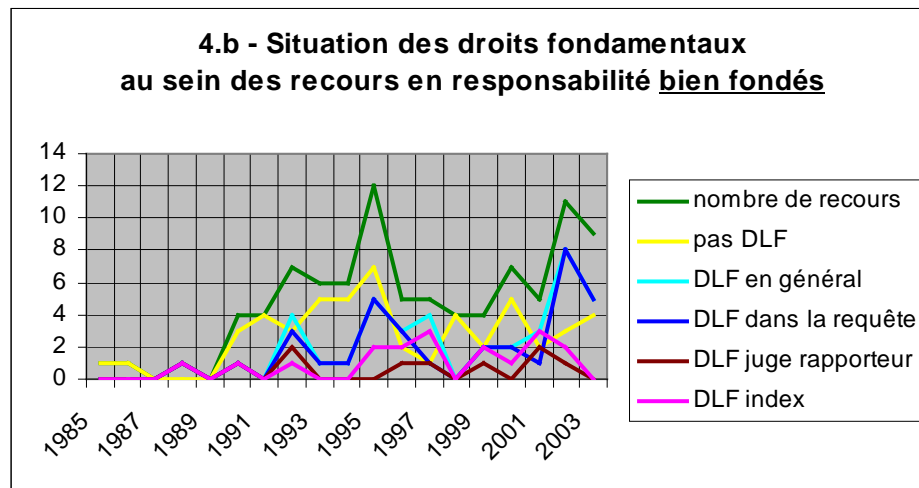
538. L'étude de la situation des droits fondamentaux au sein des recours en responsabilité bien fondés se révèle particulièrement intéressante. En effet, elle permet de mieux percevoir le potentiel impact de l'invocation des droits fondamentaux sur le résultat de la procédure.

Alors que, pour le recours en annulation, nous avons relevé que les recours bien fondés dans lesquels les droits fondamentaux étaient invoqués avaient augmenté pratiquement deux fois plus vite que le nombre de recours bien fondés en général, la situation pour le recours en responsabilité est inverse. Il apparaît alors que, si l'emprise des droits fondamentaux a explosé dans les recours en responsabilité en général, elle semble réduite en ce qui concerne les recours en responsabilité bien fondés. Elle dépasse d'ailleurs à peine 30% des arrêts bien fondés de 1950 à 2003. Aussi pouvons-nous déjà déduire que *l'effet possible de l'invocation des droits fondamentaux sur le résultat du recours en responsabilité est loin d'être à la hauteur de l'engouement des requérants pour les droits fondamentaux*, identifié ci-dessus.

De la même manière, nous constatons que les droits fondamentaux sont introduits au sein du recours en responsabilité surtout du fait des requérants. Il semblerait en outre que *ces invocations ne sont pas forcément pertinentes*. En effet, les différences de taux avec ceux concernant le juge rapporteur et l'index sont beaucoup plus fortes qu'en ce qui concerne le recours en annulation. D'une part, le juge rapporteur s'est certes toujours montré parcimonieux, au point qu'il utilise les droits fondamentaux dans ses mots-clés en moyenne deux fois moins qu'ils ne sont invoqués par les requérants ou référencés par l'index. Néanmoins, il s'y réfère pratiquement 3.5 fois moins que la requête. D'autre part, alors que pour les recours en annulation bien fondés on arrivait à des taux très proches, voire identiques, entre la requête et l'index, pour les recours en responsabilité bien fondés, nous trouvons un taux pratiquement deux fois moins fort pour l'index que pour la requête. Autrement dit, *il semblerait que les requérants exagèrent grandement dans leur invocation des droits fondamentaux au sein du recours en responsabilité*, peut-être parce qu'ils sont persuadés qu'il s'agit de leur dernière chance...

4.b.1 - Situation des droits fondamentaux au sein des recours en responsabilité <u>bien fondés</u> par année						
<i>année</i>	<i>nombre de recours en responsabilité bien fondés</i>	<i>Recours sans DLF</i>	<i>Recours avec DLF en général</i>	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
1985	1	1	0	0	0	0
1986	1	1	0	0	0	0
1987	0	0	0	0	0	0
1988	1	0	1	1	1	1
1989	0	0	0	0	0	0
1990	4	3	1	1	1	1
1991	4	4	0	0	0	0
1992	7	3	4	3	2	1
1993	6	5	1	1	0	0
1994	6	5	1	1	0	0
1995	12	7	5	5	0	2
1996	5	2	3	3	1	2
1997	5	1	4	1	1	3
1998	4	4	0	0	0	0
1999	4	2	2	2	1	2
2000	7	5	2	2	0	1
2001	5	2	3	1	2	3
2002	11	3	8	8	1	2
2003	9	4	5	5	0	0
<i>total 1985-2003</i>	92	52	40	34	10	18
TOTAL 1950-2003	127	87	40	34	10	18

4.b.2 - % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours en responsabilité <u>bien fondés</u> par année					
<i>année</i>	<i>Recours sans DLF</i>	<i>Recours avec DLF en général</i>	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
1985	100%	0%	0%	0%	0%
1986	100%	0%	0%	0%	0%
1987	-	-	-	-	-
1988	0%	100%	100%	100%	100%
1989	-	-	-	-	-
1990	75%	25%	25%	25%	25%
1991	100%	0%	0%	0%	0%
1992	43%	57%	43%	29%	14%
1993	83%	17%	17%	0%	0%
1994	83%	17%	17%	0%	0%
1995	58%	42%	42%	0%	17%
1996	40%	60%	60%	20%	40%
1997	20%	80%	20%	20%	60%
1998	100%	0%	0%	0%	0%
1999	50%	50%	50%	25%	50%
2000	71%	29%	29%	0%	14%
2001	40%	60%	20%	40%	60%
2002	27%	73%	73%	9%	18%
2003	44%	56%	56%	0%	0%
<i>total 1985-2003</i>	57%	43%	37%	11%	20%
TOTAL 1950-2003	69%	31%	27%	8%	14%



D. Le recours en carence

539. Si les termes de l'alinéa 3 de l'article 175 CEE, devenu 232 CE, sont très restrictifs à l'endroit de la recevabilité des recours en carence intentés par des particuliers à l'encontre d'une institution, la Cour de justice tend à en limiter la rigueur au regard de sa jurisprudence générale en matière de recevabilité⁴³. Il est donc concevable que ce recours puisse permettre aux individus de pousser les institutions à protéger leurs droits fondamentaux. En outre, dans la mesure où les particuliers demeurent médiatisés par leurs États, il est concevable que ceux-ci intercèdent en faveur de ceux-là, et spécialement intentent un recours en carence contre une institution qui ne respecterait pas les droits fondamentaux de leurs citoyens. Néanmoins, il apparaît que [le recours en carence ne se révèle pas être un outil particulièrement propice aux droits fondamentaux](#).

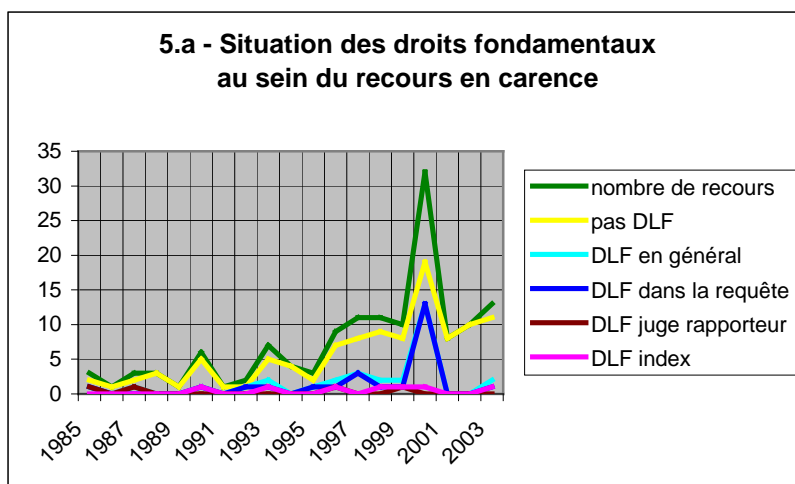
En effet, la croissance globale des recours en carence témoigne d'un phénomène contraire aux évolutions des autres recours. Les recours en carence dans lesquels les droits fondamentaux sont invoqués augmentent deux fois moins vite que les recours en carence en général : ils sont multipliés par 2, contre par plus de 4 en général. Aussi le pourcentage de recours avec droits fondamentaux par rapport à l'ensemble des recours en carence semble-t-il bien faible au regard des autres recours : on dépasse à peine les 20%.

On pourrait en fait imaginer que les requérants, spécialement les États membres, ne soumettent pas suffisamment la question à la Cour de justice. Cependant, ils tendent au contraire à invoquer les droits fondamentaux plus de 6 fois plus que le juge rapporteur, et surtout 3.6 fois plus que selon l'index. Il semble donc difficile d'incriminer des requérants pour une action qui ne se révèle, de toute façon, que très peu pertinente.

⁴³ Voir not. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *ibid.*, § 455, pp. 566-568.

5.a.1 – Situation des droits fondamentaux au sein du recours en carence par année						
<i>année</i>	<i>nombre de recours en carence traités</i>	<i>Recours sans DLF</i>	<i>Recours avec DLF en général</i>	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
1985	3	2	1	1	1	0
1986	1	1	0	0	0	0
1987	3	2	1	0	1	0
1988	3	3	0	0	0	0
1989	1	1	0	0	0	0
1990	6	5	1	1	0	1
1991	1	1	0	0	0	0
1992	2	1	1	1	0	0
1993	7	5	2	1	0	1
1994	4	4	0	0	0	0
1995	3	2	1	1	0	0
1996	9	7	2	1	1	1
1997	11	8	3	3	0	0
1998	11	9	2	1	0	1
1999	10	8	2	1	1	1
2000	32	19	13	13	0	1
2001	8	8	0	0	0	0
2002	10	10	0	0	0	0
2003	13	11	2	1	0	1
<i>total 1985-2003</i>	138	107	31	25	4	7
<i>TOTAL 1950-2003</i>	182	150	32	26	4	7

5.a.2 - % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours en carence par année					
<i>année</i>	<i>Recours sans DLF</i>	<i>Recours avec DLF en général</i>	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
1985	67%	33%	33%	33%	0%
1986	100%	0%	0%	0%	0%
1987	67%	33%	0%	33%	0%
1988	100%	0%	0%	0%	0%
1989	100%	0%	0%	0%	0%
1990	83%	17%	17%	0%	17%
1991	100%	0%	0%	0%	0%
1992	50%	50%	50%	0%	0%
1993	71%	29%	14%	0%	14%
1994	100%	0%	0%	0%	0%
1995	67%	33%	33%	0%	0%
1996	78%	22%	11%	11%	11%
1997	73%	27%	27%	0%	0%
1998	82%	18%	9%	0%	9%
1999	80%	20%	10%	10%	10%
2000	59%	41%	41%	0%	3%
2001	100%	0%	0%	0%	0%
2002	100%	0%	0%	0%	0%
2003	85%	15%	8%	0%	8%
<i>total 1985-2003</i>	78%	22%	18%	3%	5%
<i>TOTAL 1950-2003</i>	82%	18%	14%	2%	4%



540. La situation des droits fondamentaux [au sein des recours en carence](#) bien fondés confirme en fait le premier constat. [Les droits fondamentaux n’y occupent qu’une place résiduelle](#). Seuls trois recours en carence ont été bien fondés alors qu’il y était aussi question de droits fondamentaux. – Le faible nombre de référence nous a d’ailleurs conduites à utiliser un autre type de graphique de manière à ce qu’il demeure lisible. – Le taux de recours en carence bien fondés avec droits fondamentaux par rapport au nombre total de recours en carence intentés est d’ailleurs le plus bas que nous ayons rencontré pour l’instant : 18% de 1950 à 2003, ou 27 % de 1985 à 2003.

Par ailleurs, nous pouvons nous interroger quant à l’opportunité d’invoquer plus souvent les droits fondamentaux dans un recours en carence. D’un côté, ils sont deux fois plus visés dans les requêtes que par le juge rapporteur ou dans l’index. Aussi peut-on en déduire que les monopoliser plus souvent ne constituerait pas, *a priori*, une panacée. De l’autre côté, le nombre d’occurrences ne semble pas suffisant pour établir des déductions sans réserve. Néanmoins, le faible nombre de recours en carence bien fondés en général tend à limiter les espoirs quant au renouvellement de la situation des droits fondamentaux en la matière.

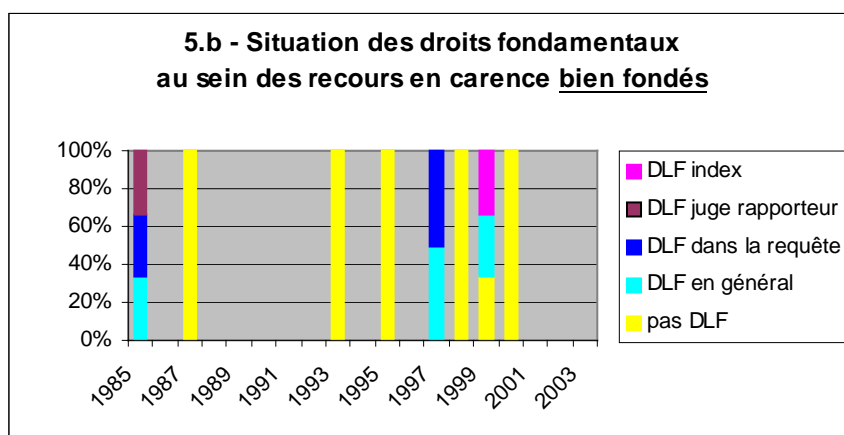
En fait, nous sommes ici confrontée à la médiocre portée du recours en carence au sein du système contentieux communautaire. Du fait de ses caractéristiques intrinsèques, les individus ne peuvent en effet l’utiliser pour mettre en demeure la Commission d’adopter une décision ou une directive à l’endroit des États membres⁴⁴. Et la Cour de justice ne peut d’elle-même modifier les textes qui ambitionnaient surtout d’obliger la Commission à constater le manquement d’un État membre, son abstention étant condamnable⁴⁵. Bref, le recours en carence n’apparaît pas ici prometteur.

⁴⁴ A. BARAV, « Le droit au juge devant le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes » in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l’Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, 230 p., pp. 191-216, p. 202.

⁴⁵ Voir sur cette question N. CATALANO, « La protection juridictionnelle indirecte dans le système des traités de Rome », *RTDE*, 1966, pp. 371-382, p. 373.

5.b.1 - Situation des droits fondamentaux au sein des recours en carence <u>bien fondés</u> par année						
<i>Année</i>	<i>nombre de recours en carence bien fondés</i>	<i>Recours sans DLF</i>	<i>Recours avec DLF en général</i>	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
1985	1	0	1	1	1	0
1986	0	0	0	0	0	0
1987	1	1	0	0	0	0
1988	0	0	0	0	0	0
1989	0	0	0	0	0	0
1990	0	0	0	0	0	0
1991	0	0	0	0	0	0
1992	0	0	0	0	0	0
1993	2	2	0	0	0	0
1994	0	0	0	0	0	0
1995	1	1	0	0	0	0
1996	0	0	0	0	0	0
1997	1	0	1	1	0	0
1998	2	2	0	0	0	0
1999	2	1	1	0	0	1
2000	1	1	0	0	0	0
2001	0	0	0	0	0	0
2002	0	0	0	0	0	0
2003	0	0	0	0	0	0
<i>total 1985-2003</i>	11	8	3	2	1	1
<i>TOTAL 1950-2003</i>	17	14	3	2	1	1

5.b.2 - % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours en carence <u>bien fondés</u> par année					
<i>année</i>	<i>Recours sans DLF</i>	<i>Recours avec DLF en général</i>	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
1985	0%	100%	100%	100%	0%
1986	-	-	-	-	-
1987	100%	0%	0%	0%	0%
1988	-	-	-	-	-
1989	-	-	-	-	-
1990	-	-	-	-	-
1991	-	-	-	-	-
1992	-	-	-	-	-
1993	100%	0%	0%	0%	0%
1994	-	-	-	-	-
1995	100%	0%	0%	0%	0%
1996	-	-	-	-	-
1997	0%	100%	100%	0%	0%
1998	100%	0%	0%	0%	0%
1999	50%	50%	0%	0%	50%
2000	100%	0%	0%	0%	0%
2001	-	-	-	-	-
2002	-	-	-	-	-
2003	-	-	-	-	-
<i>total 1985-2003</i>	73%	27%	18%	9%	9%
<i>TOTAL 1950-2003</i>	82%	18%	12%	6%	6%



E. Le recours en constatation de manquement

541. Comme nous l'avons souligné⁴⁶, le recours en constatation de manquement a été renforcé dans ses effets par le développement du recours en manquement sur manquement. La Cour de justice tend en fait à faire face à la relative inaction de la « puissance constitutive » communautaire. Puisque les États veulent demeurer les représentants de leurs citoyens, elle tire les conséquences de la responsabilité qui leur incombe et ce, implicitement, au profit des particuliers. La jurisprudence en question est toutefois trop récente pour que le recours en constatation de manquement ait pu attester de ses qualités au bénéfice des droits fondamentaux.

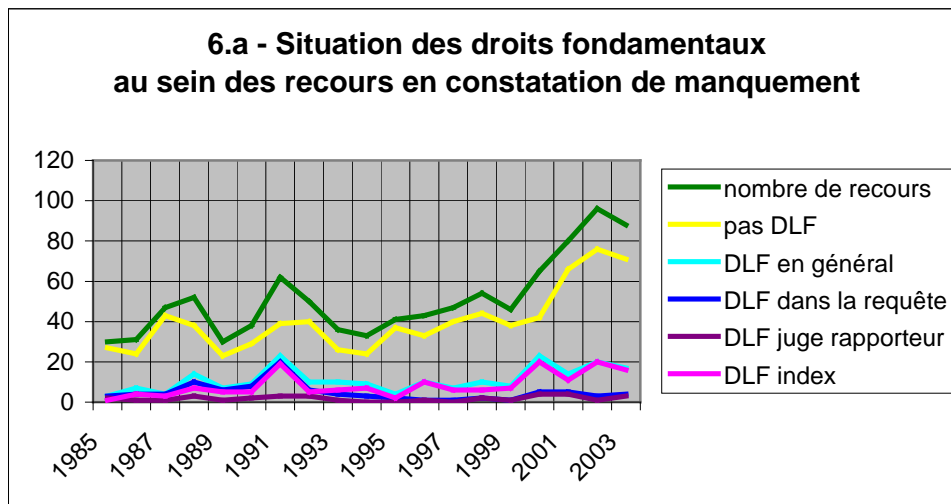
En effet, il a connu une évolution originale au regard des recours précédemment présentés. Le nombre de recours en manquement a augmenté de manière similaire, que ce soit en général ou pour les affaires dans lesquelles les droits fondamentaux sont invoqués : le premier a été multiplié par 2.9, et le second par 2.6 entre 1985 et 2003. Les droits fondamentaux ont donc accumulé un retard, comparativement aux autres recours. Aussi à peine 22% des recours en manquement concernaient-ils également des droits fondamentaux entre 1985 et 2003.

Il existe néanmoins un indice qui nous permet de penser que le recours en manquement pourrait être utilisé plus massivement au profit des droits fondamentaux communautaires des particuliers. Pour la première fois, le taux d'invocation des droits fondamentaux dans l'index dépasse substantiellement le taux de référence dans la requête : sur la période 1985-2003, le premier est 2 fois plus fort et, si l'on se réfère à la période 1996-2003, on passe à un rapport d'en moyenne 5.6. Autrement dit, [la Commission aurait un rôle à jouer, en soulignant les violations des droits fondamentaux communautaires bafoués ou négligés du fait des carences étatiques](#) et, par là, en suscitant des prises de position additionnelles de la CJCE finalement favorables aux particuliers.

⁴⁶ Voir *supra*, §§ 248 et s.

6.a.1 - Situation des droits fondamentaux au sein des recours en manquement par année						
<i>Année</i>	<i>nombre de recours en manquement traités</i>	<i>Recours sans DLF</i>	<i>Recours avec DLF en général</i>	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
1985	30	27	3	3	2	1
1986	31	24	7	4	1	4
1987	47	43	4	4	1	3
1988	52	38	14	10	3	7
1989	30	23	7	6	1	5
1990	38	29	9	8	2	5
1991	62	39	23	20	3	19
1992	50	40	10	6	3	5
1993	36	26	10	4	1	6
1994	33	24	9	3	0	7
1995	41	37	4	2	0	2
1996	43	33	10	1	1	10
1997	47	40	7	1	0	6
1998	54	44	10	2	2	6
1999	46	38	8	1	1	7
2000	65	42	23	5	4	20
2001	80	66	14	5	4	11
2002	96	76	20	3	1	20
2003	88	71	17	4	3	16
<i>total 1985-2003</i>	969	760	209	92	33	160
<i>TOTAL 1950-2003</i>	1119	897	222	98	41	160

6.a.2 - % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours en manquement par année					
<i>année</i>	<i>Recours sans DLF</i>	<i>Recours avec DLF en général</i>	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
1985	90%	10%	10%	7%	3%
1986	77%	23%	13%	3%	13%
1987	91%	9%	9%	2%	6%
1988	73%	27%	19%	6%	13%
1989	77%	23%	20%	3%	17%
1990	76%	24%	21%	5%	13%
1991	63%	37%	32%	5%	31%
1992	80%	20%	12%	6%	10%
1993	72%	28%	11%	3%	17%
1994	73%	27%	9%	0%	21%
1995	90%	10%	5%	0%	5%
1996	77%	23%	2%	2%	23%
1997	85%	15%	2%	0%	13%
1998	81%	19%	4%	4%	11%
1999	83%	17%	2%	2%	15%
2000	65%	35%	8%	6%	31%
2001	83%	18%	6%	5%	14%
2002	79%	21%	3%	1%	21%
2003	81%	19%	5%	3%	18%
<i>total 1985-2003</i>	78%	22%	9%	3%	17%
<i>TOTAL 1950-2003</i>	80%	20%	9%	4%	14%



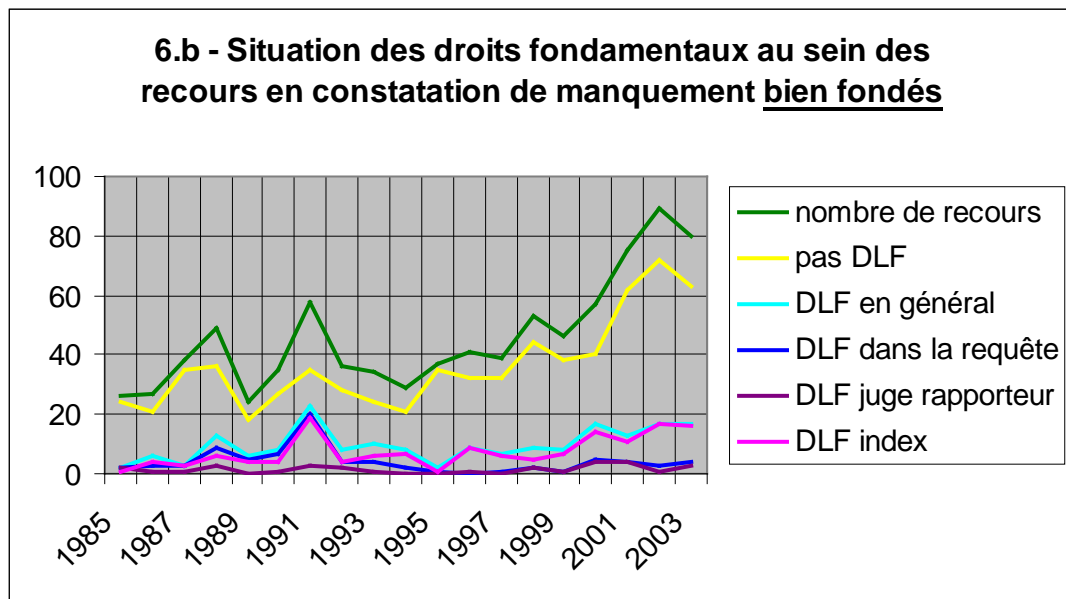
542. Le rôle que pourrait jouer la Commission, en invoquant plus systématiquement les violations des droits fondamentaux communautaires du fait du manquement des États membres, est en outre susceptible d’être particulièrement efficace.

En effet, si le nombre de recours en manquement bien fondés suit la courbe d’évolution de ces recours en général – soit une multiplication par environ 3 entre 1985 et 2003 –, il apparaît que le nombre de recours en manquement bien fondés, dans lesquels les droits fondamentaux sont invoqués, a augmenté beaucoup plus fortement. Il a en fait été multiplié par 8.5 sur la même période.

Cette croissance témoignerait alors – puisqu’il n’est pas ici démontré que le résultat de la procédure résulte de l’argument « droits fondamentaux » – que [la Cour de justice serait particulièrement sensible à la question de la violation des droits fondamentaux du fait du manquement de l’État en cause](#). Or, la Commission ne semble pas tirer profit de cet élément puisque le taux d’invocation des droits fondamentaux dans la requête demeure largement inférieur à celui de l’index, y compris pour les affaires bien fondées. Nous pouvons même constater que pour l’année 1996, les droits fondamentaux n’apparaissent dans aucune requête des recours en manquement bien fondés, alors que l’index en fait état de plus de 9. Si, pour sa part, le juge rapporteur demeure cohérent dans sa parcimonie, il faut bien constater que les services de la Cour de justice tendent à mettre en évidence les questions de droits fondamentaux. Leur action dépend toutefois des requêtes qui leur sont soumises. Aussi pensons-nous que [la protection des droits fondamentaux communautaires aurait vraiment à gagner avec une prise de conscience de la Commission de son rôle indirect en la matière](#). En tout cas, ce constat met vivement en évidence que cette protection ne résulte pas uniquement du comportement ou des choix de la juridiction communautaire. Elle découle au contraire de multiples facteurs et spécialement du jeu des institutions.

6.b.1 - Situation des droits fondamentaux au sein des recours en manquement <u>bien fondés</u> par année						
Année	nombre de recours en manquement bien fondés	Recours sans DLF	Recours avec DLF en général	Recours avec DLF requête	Recours avec DLF juge rapporteur	Recours avec DLF index
1985	26	24	2	2	2	1
1986	27	21	6	3	1	4
1987	38	35	3	3	1	3
1988	49	36	13	9	3	6
1989	24	18	6	5	0	4
1990	35	27	8	7	1	4
1991	58	35	23	20	3	19
1992	36	28	8	4	2	4
1993	34	24	10	4	1	6
1994	29	21	8	2	0	7
1995	37	35	2	1	0	1
1996	41	32	9	0	1	9
1997	39	32	7	1	0	6
1998	53	44	9	2	2	5
1999	46	38	8	1	1	7
2000	57	40	17	5	4	14
2001	75	62	13	4	4	11
2002	89	72	17	3	1	17
2003	80	63	17	4	3	16
total 1985-2003	873	687	186	80	30	144
TOTAL 1950-2003	1003	805	198	87	37	144

6.b.2 - % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours en manquement <u>bien fondés</u> par année					
année	Recours sans DLF	Recours avec DLF en général	Recours avec DLF requête	Recours avec DLF juge rapporteur	Recours avec DLF index
1985	92%	8%	8%	8%	4%
1986	78%	22%	11%	4%	15%
1987	92%	8%	8%	3%	8%
1988	73%	27%	18%	6%	12%
1989	75%	25%	21%	0%	17%
1990	77%	23%	20%	3%	11%
1991	60%	40%	34%	5%	33%
1992	78%	22%	11%	6%	11%
1993	71%	29%	12%	3%	18%
1994	72%	28%	7%	0%	24%
1995	95%	5%	3%	0%	3%
1996	78%	22%	0%	2%	22%
1997	82%	18%	3%	0%	15%
1998	83%	17%	4%	4%	9%
1999	83%	17%	2%	2%	15%
2000	70%	30%	9%	7%	25%
2001	83%	17%	5%	5%	15%
2002	81%	19%	3%	1%	19%
2003	79%	21%	5%	4%	20%
total 1985-2003	79%	21%	9%	3%	16%
TOTAL 1950-2003	80%	20%	9%	4%	14%



F. Le recours contre une sanction

543. Le recours contre une sanction de l'article 172 CEE, devenu 229 CE, est largement ignoré par la doctrine. La plupart des ouvrages généraux n'en font même pas état dans leur index⁴⁷. Il est vrai qu'il est numériquement minimal par rapport au recours en annulation : 183 recours contre une sanction en comparaison de 2428 recours en annulation de 1950 à 2003, soit plus de 13 fois moins. Pourtant, le recours en carence, qui ne compte que 182 références sur la même période, c'est-à-dire seulement un arrêt de moins que le recours contre une sanction, n'est pas méconnu des mêmes ouvrages... Peut-être s'est-on contenté de l'estimer similaire au recours en annulation, ce qui expliquerait la négligence dans laquelle il est tenu. Certes, plusieurs éléments de la procédure du recours en annulation ont été transférés au recours contre une sanction, notamment le délai d'introduction de la requête⁴⁸. Néanmoins, ce dernier présente des originalités notables, en ce que la juridiction communautaire jouit de « pouvoirs

⁴⁷ De manière non exhaustive, on peut relever à ce sujet, et par ordre alphabétique, C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, Juris-Classeur, 2004, 494 p., G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.* ; ou encore D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*

Pour sa part, l'ouvrage des professeurs BOULOUIS, DARMON et HUGLO (J. BOULOUIS, M. DARMON et J.-G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, *op. cit.*) ne vise pas, dans son index, le recours contre une sanction. On peut toutefois l'y deviner dans le « recours de pleine juridiction », renvoyant au § 475, pp. 216-217. Nous regretterons cependant le peu de visibilité dont il fait l'objet.

⁴⁸ Se référer sur ce point à J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., 2002, 1098 p., p. 767 ; ou encore à J.-L. SAURON, *Droit et pratique du contentieux communautaire*, Paris, La documentation française, coll. « réflexes Europe », 3^{ème} éd., 2004, 189 p., p. 54.

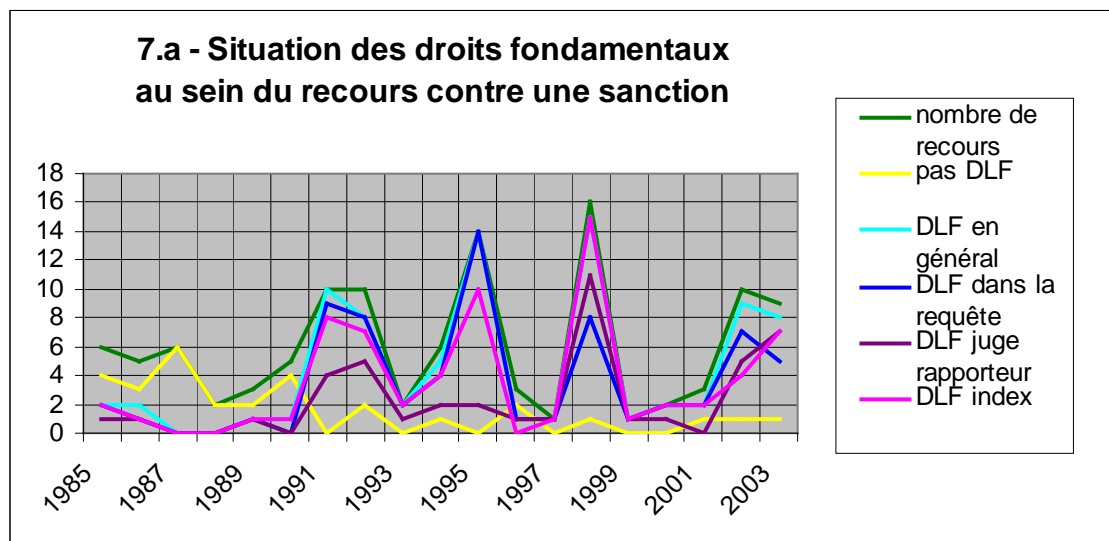
supérieurs à ceux dont elle dispose dans le cadre du contentieux de l'annulation »⁴⁹. Il mérite pour cela notre attention.

Si le nombre de recours est resté stable, le nombre de recours sans droit fondamental est devenu largement inférieur au nombre de recours avec ces droits, (voir les courbes jaune et bleu ciel). [Le recours contre une sanction se révèle ainsi particulièrement adapté aux droits fondamentaux communautaires.](#)

⁴⁹ J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, op. cit. Voir également P. LÉGER (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, op. cit., pp. 1633-1636.

7.a.1 - Situation des droits fondamentaux au sein du recours contre une sanction par année						
<i>année</i>	<i>nombre de recours contre une sanction traités</i>	<i>Recours sans DLF</i>	<i>Recours avec DLF en général</i>	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
1985	6	4	2	2	1	2
1986	5	3	2	1	1	1
1987	6	6	0	0	0	0
1988	2	2	0	0	0	0
1989	3	2	1	1	1	1
1990	5	4	1	0	0	1
1991	10	0	10	9	4	8
1992	10	2	8	8	5	7
1993	2	0	2	2	1	2
1994	6	1	5	4	2	4
1995	14	0	14	14	2	10
1996	3	2	1	1	1	0
1997	1	0	1	1	1	1
1998	16	1	15	8	11	15
1999	1	0	1	1	1	1
2000	2	0	2	2	1	2
2001	3	1	2	2	0	2
2002	10	1	9	7	5	4
2003	9	1	8	5	7	7
<i>total 1985-2003</i>	114	30	84	68	44	68
TOTAL 1950-2003	183	82	101	77	56	68

7.a.2 - % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours contre une sanction par année					
<i>année</i>	<i>Recours sans DLF</i>	<i>Recours avec DLF en général</i>	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
1985	67%	33%	33%	17%	33%
1986	60%	40%	20%	20%	20%
1987	100%	0%	0%	0%	0%
1988	100%	0%	0%	0%	0%
1989	67%	33%	33%	33%	33%
1990	80%	20%	0%	0%	20%
1991	0%	100%	90%	40%	80%
1992	20%	80%	80%	50%	70%
1993	0%	100%	100%	50%	100%
1994	17%	83%	67%	33%	67%
1995	0%	100%	100%	14%	71%
1996	67%	33%	33%	33%	0%
1997	0%	100%	100%	100%	100%
1998	6%	94%	50%	69%	94%
1999	0%	100%	100%	100%	100%
2000	0%	100%	100%	50%	100%
2001	33%	67%	67%	0%	67%
2002	10%	90%	70%	50%	40%
2003	11%	89%	56%	78%	78%
<i>total 1985-2003</i>	26%	74%	60%	39%	60%
TOTAL 1950-2003	45%	55%	42%	31%	37%



544. L'intérêt du recours contre une sanction pour les droits fondamentaux est encore plus explicite, lorsque l'on s'intéresse aux recours bien fondés.

D'abord, le recours contre une sanction est beaucoup plus efficace que le recours en carence : on compte 86 références pour le premier contre seulement 17 pour le second, ce qui rend encore plus incompréhensible le mépris doctrinal que celui-là subit.

Ensuite, le taux de recours bien fondés dans lesquels les droits fondamentaux ont été invoqués est le plus fort de tous les recours envisagés, y compris vis-à-vis du recours en annulation. Ainsi, pour la période 1985-2003, les 3/4 des arrêts contre une sanction ayant abouti au fond concernent aussi des droits fondamentaux. Certes, comme le montre la série de documents n° 30 que nous présenterons ultérieurement⁵⁰, les droits-garanties (droit au recours, droits de la défense, sécurité juridique, confiance légitime et principe de proportionnalité) sont plus souvent invoqués au sein du recours contre une sanction que les droits substantiels, par rapport aux moyennes constatées pour l'ensemble des recours. En effet, les droits-garanties représentent respectivement 86% contre 75% de l'ensemble des affaires dans lesquelles les droits fondamentaux sont invoqués. Néanmoins, la place des droits-garanties au sein du recours en annulation est très proche puisqu'elle atteint 84%. Cette différence se révèle donc trop minimale pour expliquer le désintérêt doctrinal constaté.

De manière assez logique, les taux d'invocation des droits fondamentaux, que ce soit dans la requête, par le juge rapporteur ou dans l'index, sont également les plus importants de tous les recours. L'intérêt du juge rapporteur est peut-être le plus éloquent : le taux correspondant est plus de 2 fois plus élevé que le taux équivalent pour le recours en annulation. La différence avec les taux voisins est en outre largement moindre, ce qui témoigne que le juge rapporteur n'est pas si farouche aux droits fondamentaux. Qu'il les vise systématiquement moins résulte peut-être simplement du fait que ses mots-clés reflètent les questions principales et de manière résumée, contrairement aux démarches plus analytiques relatives à la requête ou dans l'index du *Recueil de jurisprudence*. Bref,

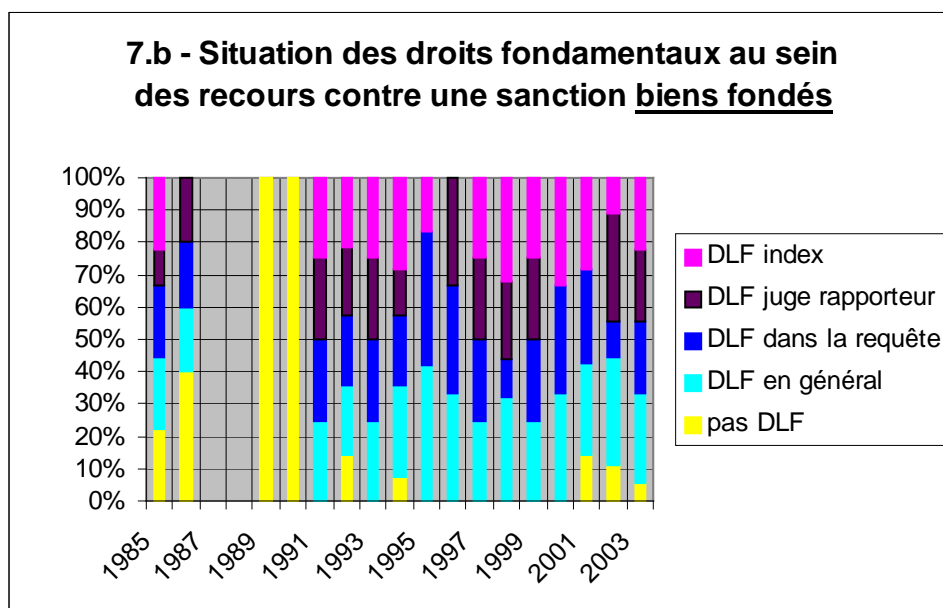
⁵⁰ Voir *infra*, § 632.

son apparente parcimonie n'aurait pas été démasquée si nous nous étions contentée d'étudier les recours classiquement privilégiés.

En somme, le recours contre une sanction démontre que la juridiction communautaire est tout à fait sensible aux violations de droits fondamentaux lorsqu'elles lui sont pertinemment soumises. Cet argument renforce ainsi le constat d'un juge favorable aux droits fondamentaux, mais pas forcément mis en situation de les protéger efficacement.

7.b.1 - Situation des droits fondamentaux au sein des recours contre une sanction <u>bien fondés</u> par année						
année	nombre de recours contre une sanction bien fondés	Recours sans DLF	Recours avec DLF en général	Recours avec DLF requête	Recours avec DLF juge rapporteur	Recours avec DLF index
1985	4	2	2	2	1	2
1986	3	2	1	1	1	0
1987	0	0	0	0	0	0
1988	0	0	0	0	0	0
1989	1	1	0	0	0	0
1990	2	2	0	0	0	0
1991	4	0	4	4	4	4
1992	5	2	3	3	3	3
1993	1	0	1	1	1	1
1994	5	1	4	3	2	4
1995	5	0	5	5	0	2
1996	1	0	1	1	1	0
1997	1	0	1	1	1	1
1998	8	0	8	3	6	8
1999	1	0	1	1	1	1
2000	1	0	1	1	0	1
2001	3	1	2	2	0	2
2002	4	1	3	1	3	1
2003	6	1	5	4	4	4
total 1985-2003	55	13	42	33	28	34
TOTAL 1950-2003	86	33	53	39	36	34

7.b.2 - % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours contre une sanction <u>bien fondés</u> par année					
année	Recours sans DLF	Recours avec DLF en général	Recours avec DLF requête	Recours avec DLF juge rapporteur	Recours avec DLF index
1985	50%	50%	50%	25%	50%
1986	67%	33%	33%	33%	0%
1987	-	-	-	-	-
1988	-	-	-	-	-
1989	100%	0%	0%	0%	0%
1990	100%	0%	0%	0%	0%
1991	0%	100%	100%	100%	100%
1992	40%	60%	60%	60%	60%
1993	0%	100%	100%	100%	100%
1994	20%	80%	60%	40%	80%
1995	0%	100%	100%	0%	40%
1996	0%	100%	100%	100%	0%
1997	0%	100%	100%	100%	100%
1998	0%	100%	38%	75%	100%
1999	0%	100%	100%	100%	100%
2000	0%	100%	100%	0%	100%
2001	33%	67%	67%	0%	67%
2002	25%	75%	25%	75%	25%
2003	17%	83%	67%	67%	67%
total 1985-2003	24%	76%	60%	51%	62%
TOTAL 1950-2003	38%	62%	45%	42%	40%



G. Synthèse

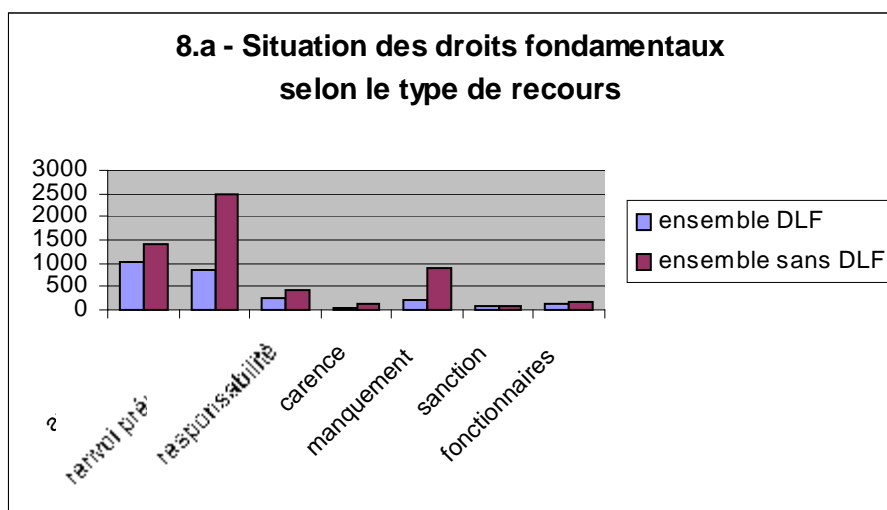
545. L'étude de la situation des droits fondamentaux au sein de chaque type de recours permet en somme de mieux comprendre l'opportunité des procédures. La série de documents n° 8 en combine en fait les éléments, mais pour la période 1950-2003. Le [recours en annulation](#) apparaît être le [moyen privilégié](#) par les requérants pour invoquer des droits fondamentaux : il représente 44% des affaires dans lesquelles les droits fondamentaux sont invoqués. Il n'égale toutefois pas le [recours contre une sanction](#) dont l'importance des affaires dans lesquelles les droits fondamentaux sont invoqués n'est pas si éloignée du double du taux moyen pour les recours en général (55% contre 31%).

Par ailleurs, et contrairement aux idées dominantes, si le système de recours demeure lacunaire, car trop inaccessible aux particuliers, il existe des pistes de réflexion pour en améliorer les effets. Seulement, elles n'incombent pas forcément à un juge limité par les termes de sa compétence et des questions qui lui sont soumises. Notamment, [les juges nationaux, dans le recours préjudiciel, et la Commission, dans ses recours en manquement, pourraient souligner l'impact du problème soulevé à l'encontre des droits fondamentaux communautaires des particuliers](#). Ils accompagneraient ainsi la Cour de justice dans son opération de sensibilisation des États membres concernant l'incohérence de leur comportement : si les États réitérent leur refus de donner valeur juridique contraignante à la Charte des droits fondamentaux par exemple, et maintiennent par là les institutions dans une incapacité relative, ils doivent en assumer les conséquences auprès de leurs citoyens. Il ne serait d'ailleurs pas étonnant que ces derniers ne se montrassent plus si hostiles au droit communautaire, spécialement en France, s'ils n'avaient pas le sentiment d'être négligés voire dupés dans la protection de leurs droits fondamentaux. En outre, vu le comportement de la Cour à l'égard du recours contre une sanction, il est fort probable qu'elle ne refuserait pas de donner suite à ces appels plus ou moins déguisés pour l'amélioration de la protection des droits fondamentaux. Il reste tout de même à savoir si les recours sont tout aussi performants quelle que soit la catégorie de requérant.

8.a.1 - Situation des droits fondamentaux dans les recours de 1950 à 2003							
	annulation	renvoi préjudiciel	responsabilité	carence	manquement	sanction	ensemble affaires régérées
ensemble DLF	1022	863	250	32	222	101	2317
ensemble sans DLF	1406	2475	419	150	897	82	5215
ensemble affaires régérées	2428	3338	669	182	1119	183	7532

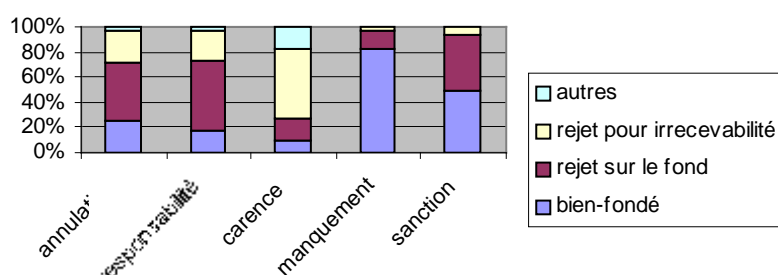
8.a.2 - Part des affaires DLF au sein de chaque recours							
	annulation	Renvoi préjudiciel	responsabilité	carence	manquement	sanction	ensemble affaires régérées
ensemble DLF	42%	26%	37%	18%	20%	55%	31%
ensemble sans DLF	58%	74%	63%	82%	80%	45%	69%
ensemble affaires régérées	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

8.a.3 - Répartition des affaires DLF selon le type de recours							
	annulation	renvoi préjudiciel	responsabilité	carence	manquement	sanction	ensemble affaires régérées
ensemble DLF	44%	37%	11%	1%	10%	4%	100%
ensemble sans DLF	27%	47%	8%	3%	17%	2%	100%
ensemble affaires régérées	32%	44%	9%	2%	15%	2%	100%



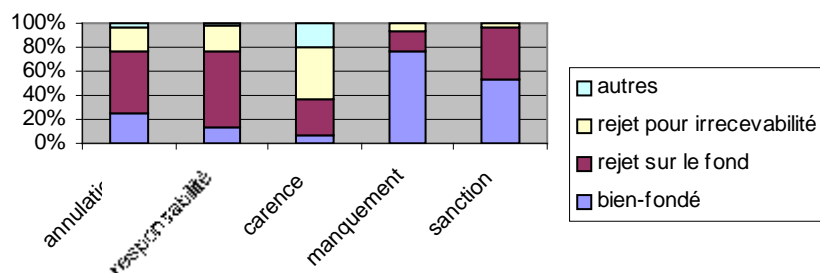
8.b.1 - Efficacité des procédures en général

	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>ensemble affaires régées</i>
<i>bien-fondé</i>	662	0	127	17	1004	86	1881
<i>rejet sur le fond</i>	1240	0	380	30	172	80	1820
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	643	81	169	97	40	11	1003
<i>autres⁵¹</i>	105	9	24	30	7	0	182
<i>total</i>	2428	3338	669	182	1119	183	7532

8.b.1 - Situation des recours en général
selon le résultat de la procédure

8.b.2 - Efficacité des procédures dans lesquelles les droits fondamentaux sont aussi invoqués

	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>Sanction</i>	<i>ensemble affaires régées</i>
<i>bien-fondé</i>	303	0	40	3	198	53	580
<i>rejet sur le fond</i>	628	0	179	14	42	43	859
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	224	14	62	20	15	4	342
<i>Autres¹²⁰⁴</i>	50	1	7	9	1	0	70
<i>total</i>	1022	863	250	32	222	101	2317

8.b.2 - Situation des recours avec DLF
selon le résultat de la procédure

⁵¹ Il s'agit des affaires ajournées, ayant donné lieu à un non-lieu à statuer ou à un arrêt interlocutoire.

§2. L'importance de la qualité du requérant

546. Alors que les requérants institutionnels sont souvent désignés par le vocable « requérant privilégié »⁵², l'intuition commande de considérer que les autres requérants éprouvent plus de difficultés à introduire un recours. Aussi serait-il logique que les recours intentés par les requérants institutionnels, y compris lorsque sont en cause des droits fondamentaux, soient plus performants. D'un autre côté, les particuliers apparaissent les mieux à même de pouvoir invoquer leurs droits fondamentaux.

547. De manière à appréhender l'importance de la qualité du requérant pour les affaires dans lesquelles les droits fondamentaux communautaires sont allégués, nous allons en fait nous intéresser successivement à chaque catégorie de requérants. Pour ce faire, nous présenterons le nombre d'affaires concernées, puis nous nous concentrerons sur les affaires relatives aux droits fondamentaux. Nous distinguerons notamment les différents moments de la procédure pour mieux percevoir le rôle que chaque requérant est susceptible de jouer – la requête, les mots-clés du juge rapporteur, puis l'indexation dans le *Recueil de jurisprudence* –. Il est à noter que chaque affaire pourra être référencée plusieurs fois, non seulement du fait qu'elle concerne plusieurs droits fondamentaux, mais aussi que ces droits peuvent être visés à plusieurs moments de la procédure. Aussi ne présenterons-nous pas des totaux par ligne ou par colonne, mais des ensembles correspondant au nombre de recours concernés par ligne ou par colonne quel que soit le nombre de fois qu'ils peuvent être visés au sein de la ligne ou de la colonne. Enfin, comme le mot-clé de Minidoc afférant au contenu de la requête ne s'est concentré uniquement sur la requête qu'à partir de 1996, nous nous limiterons à la période 1996-2003 que ce soit pour les requérants institutionnels (A), ou les requérants individuels (B).

A. Les requérants institutionnels

548. Les requérants institutionnels comprennent aussi bien les institutions (1) que les États membres (2) sachant que, au sein des recours concernés, le renvoi préjudiciel n'est logiquement pas visé.

1. Les institutions communautaires

549. De 1996 à 2003, les institutions ont introduit 579 recours dont l'écrasante majorité a été bien fondée. On relève en effet 513 recours ayant abouti au fond, soit pratiquement 90% du total. Au sein de ces affaires réglées, on peut dénombrer 128 recours dans lesquels les droits fondamentaux ont été invoqués dont 108 ont été bien fondés, c'est-à-dire 85%. Ces premières données confirment donc l'idée de « requérants privilégiés » en ce que **leurs requêtes présentent une forte probabilité de réussir.**

⁵² À propos des critiques concernant cet usage, voir *supra*, § 178.

550. En premier lieu, au sein des recours en général, nous pouvons constater que la part des recours dans lesquels les droits fondamentaux sont invoqués est relativement minimale. Elle ne représente que 128 affaires sur 579, soit 22%. En outre, **les institutions invoquent plutôt rarement les droits fondamentaux** : seules 27 affaires en témoignent, ce qui représente 21% de l'ensemble de ces affaires concernant les droits fondamentaux, et donc moins de 5% du total des 579 affaires introduites par les institutions. Or, le nombre beaucoup plus grand de références dans l'index du *Recueil de jurisprudence* tend à montrer que les arrêts et ordonnances visés impliquaient clairement la question des droits fondamentaux. **Les institutions pourraient alors invoquer plus souvent les droits fondamentaux, sans que cela ne soit inopportun.** Ainsi pourraient-elles inciter le juge communautaire à se prononcer plus souvent sur la question des droits fondamentaux et, par là, participer pleinement à l'amélioration de leur garantie. L'étude des recours introduits par les institutions bien fondés ne fait que confirmer ce constat.

551. En second lieu, nous retrouvons des tendances quasi identiques au sein des recours ayant abouti au fond. Les 108 affaires bien fondées, concernant aussi les droits fondamentaux communautaires, représentent 21% du total des 513 affaires bien fondées. De la même manière, les institutions ne se réfèrent aux droits fondamentaux qu'assez rarement, c'est-à-dire dans 19% des cas ou dans 4% du total des affaires bien fondées et introduites par les institutions. Ces résultats se combineraient en somme avec ceux relatifs à la situation des droits fondamentaux au sein du recours en manquement, à propos de laquelle nous avons déjà souligné que les droits fondamentaux pouvaient être évoqués plus souvent spécialement par la Commission⁵³.

On pourrait toutefois nous objecter que le taux de réussite des arrêts introduits par les institutions est plus fort de pratiquement 11 points que celui des arrêts introduits par les institutions dans lesquelles ces dernières ont invoqué des droits fondamentaux. On calcule, respectivement, 89% de 579 et 78% de 27 arrêts. L'on fera cependant remarquer que la différence ne tient qu'à 6 affaires (1 sur la confiance légitime, 3 sur les droits de la défense et 2 sur la proportionnalité). Or, cela nous semble peu pour tirer des conclusions définitives, surtout en comparaison des 95 affaires mentionnées dans l'index et bien fondées, qui représentent en outre 83% des 114 affaires référencées dans l'index, soit une différence moindre avec les 89% mentionnés. Aussi estimons-nous que ces données ne doivent pas légitimer une parcimonie des institutions, mais au contraire inciter ces dernières à s'approprier le rôle qu'elles pourraient jouer en éveillant la Cour de justice, quitte à invoquer des droits fondamentaux, parfois, de manière excessive.

⁵³ Voir *supra*, §§ 541-542.

9.a.1 - Recours des institutions de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>nombre total d'affaires réglées</i>	-	-	-	579
<i>affaires avec DLF en général</i>	27	25	114	128
<i>% de chaque catégorie sur l'ensemble des affaires avec DLF en général</i>	21%	20%	89%	100%

9.a.2 - Situation des droits fondamentaux au sein des recours des institutions				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>droits fondamentaux</i>	1	0	6	7
<i>droit de propriété</i>	1	0	0	1
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	0	0	0	0
<i>inviolabilité du domicile</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'expression</i>	0	0	0	0
<i>protection de la vie privée</i>	2	0	0	2
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'association</i>	0	0	0	0
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	3	1	28	32
<i>confiance légitime</i>	2	2	10	12
<i>sécurité juridique</i>	6	8	53	56
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	4	6	9	14
<i>proportionnalité</i>	12	5	33	39
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	0	4	7	8
<i>Ensemble</i>	27	25	114	128

9.a.3 - % de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit			
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
<i>droits fondamentaux</i>	14%	0%	86%
<i>droit de propriété</i>	100%	0%	0%
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	-	-	-
<i>inviolabilité du domicile</i>	-	-	-
<i>liberté d'expression</i>	-	-	-
<i>protection de la vie privée</i>	100%	0%	0%
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	-	-	-
<i>liberté d'association</i>	-	-	-
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	9%	3%	88%
<i>confiance légitime</i>	17%	17%	83%
<i>sécurité juridique</i>	11%	14%	95%
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	29%	43%	64%
<i>Proportionnalité</i>	31%	13%	85%
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	0%	50%	88%
<i>Ensemble</i>	21%	20%	89%

9.b.1 - Recours des institutions <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>nombre total d'affaires réglées et bien fondées</i>	-	-	-	513
<i>affaires bien fondées avec DLF en général</i>	21	21	95	108
<i>% de chaque catégorie sur l'ensemble des affaires bien fondées avec DLF en général</i>	19%	19%	88%	100%

9.b.2 - Situation des droits fondamentaux au sein des recours des institutions <u>bien fondés</u>				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>droits fondamentaux</i>	1	0	5	6
<i>droit de propriété</i>	1	0	0	1
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	0	0	0	0
<i>inviolabilité du domicile</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'expression</i>	0	0	0	0
<i>protection de la vie privée</i>	2	0	0	2
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'association</i>	0	0	0	0
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	3	1	26	30
<i>confiance légitime</i>	1	2	7	8
<i>sécurité juridique</i>	6	7	46	49
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	1	5	6	10
<i>Proportionnalité</i>	10	4	27	32
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	0	3	4	5
<i>Ensemble</i>	21	21	95	108

9.b.3 - % de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours <u>bien fondés</u> par droit			
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
<i>droits fondamentaux</i>	17%	0%	83%
<i>droit de propriété</i>	100%	0%	0%
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	-	-	-
<i>inviolabilité du domicile</i>	-	-	-
<i>liberté d'expression</i>	-	-	-
<i>protection de la vie privée</i>	100%	0%	0%
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	-	-	-
<i>liberté d'association</i>	-	-	-
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	10%	3%	87%
<i>confiance légitime</i>	13%	25%	88%
<i>sécurité juridique</i>	12%	14%	94%
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	10%	50%	60%
<i>Proportionnalité</i>	31%	13%	84%
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	0%	60%	80%
<i>Ensemble</i>	19%	19%	88%

2. Les États membres

552. De 1996 à 2003, les États membres ont introduit 176 recours dont 55 ont été bien fondés, soit seulement 31%. Au sein de ces affaires réglées, on en compte 105 dans lesquelles les droits fondamentaux ont été évoqués dont 29 ont été reçues au fond, c'est-à-dire à peine 28%. Bref, nous sommes loin des taux de réussite des recours intentés par les institutions, en moyenne 3 fois plus forts. Il devient en outre encore plus douteux d'utiliser l'expression « requérant privilégié » à l'endroit de requérants qui sont certes censés accéder facilement au juge communautaire, mais dont les actions n'aboutissent pas aussi aisément.

553. En fait et à l'instar des recours des institutions, les tendances avec les recours en général d'une part, et les recours bien fondés d'autre part apparaissent similaires.

Dans le premier cas, les 105 arrêts ou ordonnances concernant des droits fondamentaux représentent presque 60% du total de 176 affaires introduites par les États membres. En outre, ces derniers semblent invoquer à la fois souvent et pertinemment les droits fondamentaux puisque 70% de ces 105 arrêts sont le fait d'une invocation par les États dans la requête, et 72% de l'indexation dans le *Recueil*, soit un nombre quasi identique.

Dans le second cas, les 29 arrêts relatifs aux droits fondamentaux constituent presque 53% des 55 affaires bien fondées introduites par les États. Le taux diminue donc d'environ 7 points, ce qui, combiné avec le fait que la différence entre le taux d'invocation dans la requête et le taux d'invocation dans l'index passe de 2 à 6 points, tendrait à induire que les invocations de droits fondamentaux ne sont pas aussi pertinentes dans les affaires reçues au fond. Néanmoins, la différence ne tient qu'à 2 documents en données brutes (21 contre 19). Nous pensons donc, encore une fois, que les pourcentages ne doivent pas être surestimés. Il nous semble au contraire plus important de souligner que les États n'hésitent pas à invoquer les droits fondamentaux beaucoup plus massivement que les institutions – que ce soit en données brutes ou relatives –, au risque de les solliciter trop souvent.

554. Par ailleurs, nous remarquons que les droits fondamentaux invoqués par les États membres sont la plupart du temps les mêmes que ceux visés par les institutions. Dans les deux situations, 8 droits sont en cause. Nous y retrouvons à chaque fois : les droits fondamentaux en général, le droit de propriété, le principe d'égalité, la confiance légitime, la sécurité juridique, les droits de la défense et la proportionnalité. Les seuls droits divergents sont la protection de la vie privée invoquée par les institutions, et la liberté d'expression visée par les États. Nul n'évoque par exemple le droit à un recours juridictionnel, certainement du fait qu'aucun n'en a besoin pour accéder au juge communautaire⁵⁴.

⁵⁴ À propos de ce droit, voir *infra*, seconde section, §§ 598-601.

10.a.1 - Recours des États membres de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>nombre total d'affaires réglées</i>	-	-	-	176
<i>affaires avec DLF en général</i>	74	34	76	105
<i>% de chaque catégorie sur l'ensemble des affaires avec DLF en général</i>	70%	32%	72%	100%

10.a.2 - Situation des droits fondamentaux au sein des recours des États membres				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>droits fondamentaux</i>	4	2	6	8
<i>droit de propriété</i>	1	2	3	3
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	0	0	3	3
<i>inviolabilité du domicile</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'expression</i>	2	0	1	2
<i>protection de la vie privée</i>	0	0	0	0
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'association</i>	0	0	0	0
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	8	8	16	24
<i>confiance légitime</i>	20	11	28	37
<i>sécurité juridique</i>	25	4	37	50
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	12	1	13	18
<i>Proportionnalité</i>	43	17	31	56
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	0	0	0	0
<i>Ensemble</i>	74	34	76	105

10.a.3 - % de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit			
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
<i>droits fondamentaux</i>	50%	25%	75%
<i>droit de propriété</i>	33%	67%	100%
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	0%	0%	100%
<i>inviolabilité du domicile</i>	-	-	-
<i>liberté d'expression</i>	100%	0%	50%
<i>protection de la vie privée</i>	-	-	-
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	-	-	-
<i>liberté d'association</i>	-	-	-
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	33%	33%	67%
<i>confiance légitime</i>	54%	30%	76%
<i>sécurité juridique</i>	50%	8%	74%
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	67%	6%	72%
<i>proportionnalité</i>	77%	30%	55%
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	-	-	-
<i>Ensemble</i>	70%	32%	72%

10.b.1 - Recours des États membres <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>nombre total d'affaires réglées et bien fondées</i>	-	-	-	55
<i>affaires bien fondées avec DLF en général</i>	21	7	19	29
<i>% de chaque catégorie sur l'ensemble des affaires bien fondées avec DLF en général</i>	72%	24%	66%	100%

10.b.2 - Situation des droits fondamentaux au sein des recours des États membres <u>bien fondés</u>				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>droits fondamentaux</i>	3	1	3	4
<i>droit de propriété</i>	1	1	1	1
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	0	0	2	2
<i>inviolabilité du domicile</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'expression</i>	1	0	1	1
<i>protection de la vie privée</i>	0	0	0	0
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'association</i>	0	0	0	0
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	1	1	3	4
<i>confiance légitime</i>	6	1	6	10
<i>sécurité juridique</i>	7	1	9	14
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	6	0	7	10
<i>proportionnalité</i>	9	4	9	15
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	0	0	0	0
<i>Ensemble</i>	21	7	19	29

10.b.3 - % de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours <u>bien fondés</u> par droit			
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
<i>droits fondamentaux</i>	75%	25%	75%
<i>droit de propriété</i>	100%	100%	100%
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	0%	0%	100%
<i>Inviolabilité du domicile</i>	-	-	-
<i>liberté d'expression</i>	100%	0%	100%
<i>protection de la vie privée</i>	-	-	-
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	-	-	-
<i>liberté d'association</i>	-	-	-
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	25%	25%	75%
<i>confiance légitime</i>	60%	10%	60%
<i>Sécurité juridique</i>	50%	7%	64%
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	60%	0%	70%
<i>proportionnalité</i>	60%	27%	60%
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	-	-	-
<i>Ensemble</i>	72%	24%	66%

555. Nous remarquons, en tout cas, que les États semblent beaucoup plus sensibles à la question des droits fondamentaux que les institutions, alors qu'au regard de leur carence en tant que pouvoir fondateur, nous aurions pu attendre une conclusion différente. Il devient alors d'autant plus intéressant de vérifier nos *a priori* concernant la situation des requérants dits ordinaires.

B. Les particuliers et les fonctionnaires

556. Généralement, la doctrine tend à critiquer l'inefficacité relative de l'invocation des droits fondamentaux par les particuliers⁵⁵. Cette catégorie recouvre pourtant des réalités bien différentes : d'une part, des sociétés ou des personnes morales, nettement au fait d'une Communauté d'abord de nature économique ; d'autre part, des individus concernés plus ou moins directement, mais de plus en plus souvent par la construction communautaire. Leurs situations ne doivent ainsi pas être confondues.

557. De manière à les appréhender le plus justement possible, nous avons distingué les séries de documents n°11 pour les sociétés, et n°12 pour les individus. Chacune sera plus complexe que pour les requérants institutionnels dans la mesure où il nous semblait utile d'envisager également les situations au sein du renvoi préjudiciel. Certes, les renvois préjudiciels ne sont pas introduits par les particuliers, mais par les juges nationaux devant lesquels un litige impliquant une question communautaire est pendant. Pourtant, le renvoi préjudiciel constitue, la plupart du temps, le seul moyen pour les particuliers d'atteindre la Cour de justice du fait de la recevabilité limitée du recours en annulation en particulier. Il devenait dès lors opportun d'étudier les questions préjudicielles soulevées à propos d'affaires nationales, elles-mêmes introduites par les particuliers.

Pour faciliter la comparaison avec les recherches précédentes, nous avons toutefois maintenu le même ordre. Aussi envisagerons-nous d'abord les recours en général, excepté le renvoi préjudiciel (subdivisions a), dont nous dégagerons ensuite les recours bien fondés (subdivisions b), puis le renvoi préjudiciel (subdivisions c) pour finir sur une synthèse regroupant tous les recours introduits par ou du fait des particuliers (subdivisions d).

558. Par ailleurs, nous nous intéresserons en parallèle aux recours introduits par des fonctionnaires pour des affaires n'ayant pas pour seul objet un « litige entre la Communauté et ses agents »⁵⁶. Les fonctionnaires combinent en effet régulièrement leur recours de fonctionnaire avec des questions d'annulation ou encore de mise en jeu de la responsabilité de la Communauté. Si le recours de fonctionnaire strictement entendu ne peut exercer aucune influence sur la situation des particuliers, il peut être intéressant de savoir si ces recours en annulation ou en responsabilité aboutissent mieux du seul fait qu'ils sont introduits par des justiciables aguerris au contentieux communautaire et à ses

⁵⁵ Voir par ex. F. ZAMPINI, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux "dans le cadre du droit communautaire" », *RTDE*, 1999, pp. 659-707, p. 684.

⁵⁶ Article 179 CEE, devenu 236 CE.

subtilités non nationales. En tout cas, l'étude de la situation des droits fondamentaux au sein des recours extraordinaires introduits par des fonctionnaires constituera une perspective enrichissante de la question.

559. En somme, la question des particuliers face aux droits fondamentaux communautaires appelle plusieurs réponses. Non seulement, nous distinguerons la situation des sociétés et personnes morales (1) et celle des individus (2), mais encore nous les éclairerons au regard du fonctionnaire placé dans une position similaire (3).

1. Les sociétés et personnes morales

560. De 1996 à 2003, les sociétés et personnes morales sont à l'origine de 1884 affaires, parmi lesquelles nous avons pu identifier 858 renvois préjudiciels, soit 46%. Aussi les sociétés ont-elles directement introduit les 54% restants, c'est-à-dire 1026 recours, dont 257 ont été reçus au fond, soit 25% de 1026.

Concernant les affaires dans lesquelles les droits fondamentaux ont été invoqués, nous pouvons relever 842 affaires introduites par les sociétés que ce soit devant leur juge national, ou devant le juge communautaire. D'une part, 308 arrêts ou ordonnances (ou 37% de ces affaires) concernent des renvois préjudiciels. D'autre part, 534 affaires ont directement été introduites devant la Cour de justice, soit 63% ; néanmoins, seules 156 ont abouti, soit 19%.

Les taux de réussite des recours introduits devant la Cour par les sociétés tendent alors déjà à montrer que leurs recours sont plus laborieux : ces taux sont inférieurs à ceux des États et surtout en moyenne 4 fois moindre que ceux concernant les institutions. La situation des droits fondamentaux dans les affaires concernant les sociétés ne devrait donc pas contrecarrer les premières craintes.

561. Dans un premier temps, les recours communautaires directs (autres que le recours préjudiciel) constituent la majorité des recours des sociétés et personnes morales. Le taux de réussite semble toutefois bien faible, comme nous venons de le dire. L'impact des droits fondamentaux n'en demeurerait pour autant pas moins important. En effet, si nous ne pouvons assurer que le recours aboutit du fait des droits fondamentaux, nous pouvons relever que [le taux d'affaires dans lesquels les droits fondamentaux sont invoqués est plus fort concernant les affaires abouties qu'en général](#) : on dénombre respectivement 156 de 257, soit 61%, et 534 de 1026, soit 52%, c'est-à-dire pratiquement 10 points en moins. Nous pouvons donc supposer que les droits fondamentaux ne sont pas étrangers à la réussite des recours des sociétés, d'autant qu'ils semblent globalement assez bien utilisés.

Certes, le taux d'invocation des droits fondamentaux par les sociétés est de 16 points supérieur au taux de l'index pour les affaires en général (74% contre 58%). Cependant, les mêmes taux relatifs aux affaires bien fondées ne témoignent que d'une différence de 4 points, toujours à l'avantage de la requête (respectivement 69% et 65%). En données brutes, la différence apparaît encore plus limitée puisqu'elle ne concerne que 7 affaires sur 8 ans (108 contre 101). Autrement dit, nous relevons moins d'une affaire par an pour laquelle l'invocation des droits fondamentaux semble clairement

surabondante ou inutile puisque, malgré le bien-fondé de la requête, l'argument concernant les droits fondamentaux n'est pas référencé dans l'index du *Recueil de jurisprudence*.

Les requêtes des sociétés ou personnes morales semblent ainsi un peu plus audacieuses, en matière de droits fondamentaux, que celles des États membres. Si les taux sont proches, nous constatons que le nombre de droits appréhendés est supérieur. Sont ainsi invoqués 12 droits fondamentaux dans les arrêts en général et 11 dans les affaires bien fondées. Les sociétés ne visent en fait jamais, ni la liberté d'association, ni la protection de la vie privée en tant que telle. Bref, [l'emprise des droits fondamentaux sur les recours directs introduits par les sociétés n'est pas anodine. Elle n'est toutefois pas en mesure de contrebalancer les difficultés certaines, liées à la recevabilité des recours.](#)

562. Au sens de la systématisation des voies de droit du système contentieux communautaire, les sociétés devraient pouvoir, dans un second temps, trouver un substitut dans le renvoi préjudiciel. Toutefois, il n'apparaît pas être très empreint de la problématique des droits fondamentaux communautaires. En effet, et comme nous l'avons déjà souligné⁵⁷, [les juges nationaux invoquent trop rarement les droits fondamentaux](#). Nous ne relevons ainsi que 92 renvois préjudiciels, soit 30% des affaires dans lesquelles les droits fondamentaux sont invoqués. En fait, le juge national fait 3 fois moins référence aux droits fondamentaux que l'index, ce qui tend à montrer qu'il pourrait largement approfondir son rôle en la matière, et aller au-delà de la technique communautaire pour épauler ses justiciables. Si, pris dans l'étau de la durée excessive des procédures, il manque probablement de temps pour affiner sa démarche, il lui reste toutefois la possibilité d'évoquer en général les droits et libertés fondamentaux. Or, il ne le fait que dans 10 affaires contre plus de 52 dans l'index, soit seulement un peu plus d'une par an, sur quinze États membres en 2003. Il nous semble donc une nouvelle fois que le juge national pourrait être sensibilisé à sa fonction d'incitateur en matière de droits fondamentaux communautaires et ce, d'autant plus qu'il en a lui-même révélé la problématique.

⁵⁷ Voir *supra*, § 536.

11.a.1 - Recours directs des sociétés et personnes morales de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>nombre total d'affaires réglées</i>	-	-	-	1026
<i>recours directs avec DLF en général</i>	396	199	309	534
<i>% de chaque catégorie sur l'ensemble des affaires avec DLF en général</i>	74%	37%	58%	100%

11.a.2 - Situation des droits fondamentaux au sein des recours directs des sociétés et personnes morales				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>droits fondamentaux</i>	49	17	43	84
<i>droit de propriété</i>	23	5	9	30
<i>Libre exercice de l'activité économique</i>	10	0	9	19
<i>inviolabilité du domicile</i>	1	1	1	1
<i>liberté d'expression</i>	4	1	1	5
<i>protection de la vie privée</i>	0	0	0	0
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	2	0	0	2
<i>liberté d'association</i>	0	2	2	2
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	66	32	53	123
<i>confiance légitime</i>	124	65	111	180
<i>sécurité juridique</i>	84	24	70	136
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	119	79	130	201
<i>proportionnalité</i>	159	51	92	204
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	20	8	20	47
<i>Ensemble</i>	396	199	309	534

11.a.3 - % de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit			
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
<i>droits fondamentaux</i>	58%	20%	51%
<i>droit de propriété</i>	77%	17%	30%
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	53%	0%	47%
<i>inviolabilité du domicile</i>	100%	100%	100%
<i>liberté d'expression</i>	80%	20%	20%
<i>protection de la vie privée</i>	-	-	-
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	100%	0%	0%
<i>liberté d'association</i>	0%	100%	100%
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	54%	26%	43%
<i>confiance légitime</i>	69%	36%	62%
<i>sécurité juridique</i>	62%	18%	51%
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	59%	39%	65%
<i>proportionnalité</i>	78%	25%	45%
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	43%	17%	43%
<i>Ensemble</i>	74%	37%	58%

11.b.1 - Recours directs des sociétés et personnes morales <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>nombre total d'affaires réglées et bien fondées</i>	-	-	-	257
<i>affaires bien fondées avec DLF en général</i>	108	72	101	156
<i>% de chaque catégorie sur l'ensemble des affaires bien fondées avec DLF en général</i>	69%	46%	65%	100%

11.b.2 - Situation des droits fondamentaux au sein des recours directs des sociétés et personnes morales <u>bien fondés</u>				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>droits fondamentaux</i>	10	7	15	24
<i>droit de propriété</i>	5	2	3	8
<i>Libre exercice de l'activité économique</i>	1	0	1	2
<i>inviolabilité du domicile</i>	1	1	1	1
<i>liberté d'expression</i>	1	0	0	1
<i>protection de la vie privée</i>	0	0	0	0
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'association</i>	0	0	0	0
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	18	16	10	38
<i>confiance légitime</i>	27	13	26	39
<i>sécurité juridique</i>	19	6	22	37
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	37	38	58	74
<i>proportionnalité</i>	47	16	30	65
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	9	1	3	15
<i>Ensemble</i>	108	72	101	156

11.b.3 - % de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit			
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
<i>droits fondamentaux</i>	42%	29%	63%
<i>droit de propriété</i>	63%	25%	38%
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	50%	0%	50%
<i>inviolabilité du domicile</i>	100%	100%	100%
<i>liberté d'expression</i>	100%	0%	0%
<i>protection de la vie privée</i>	-	-	-
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	-	-	-
<i>liberté d'association</i>	-	-	-
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	47%	42%	26%
<i>confiance légitime</i>	69%	33%	67%
<i>sécurité juridique</i>	51%	16%	59%
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	50%	51%	78%
<i>proportionnalité</i>	72%	25%	46%
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	60%	7%	20%
<i>Ensemble</i>	69%	46%	65%

11.c.1 - Renvois <u>préjudiciels</u> inspirés par des sociétés et personnes morales de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>nombre total de renvois préjudiciels réglés</i>	-	-	-	858
<i>renvois préjudiciels avec DLF en général</i>	92	94	275	308
<i>% de chaque catégorie sur l'ensemble des renvois préjudiciels avec DLF en général</i>	30%	31%	89%	100%

11.c.2 - Situation des droits fondamentaux au sein des renvois <u>préjudiciels</u> inspirés par des sociétés et personnes morales				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>droits fondamentaux</i>	10	12	52	58
<i>droit de propriété</i>	12	13	23	28
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	1	1	9	9
<i>inviolabilité du domicile</i>	0	0	0	1
<i>liberté d'expression</i>	3	2	5	6
<i>protection de la vie privée</i>	1	3	5	7
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'association</i>	0	0	3	3
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	18	23	82	99
<i>confiance légitime</i>	23	21	46	51
<i>sécurité juridique</i>	14	14	85	92
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	4	2	8	12
<i>proportionnalité</i>	45	40	118	134
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	6	7	8	17
<i>Ensemble</i>	92	94	275	308

11.c.3 - % de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit			
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
<i>droits fondamentaux</i>	17%	21%	90%
<i>droit de propriété</i>	43%	46%	82%
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	11%	11%	100%
<i>inviolabilité du domicile</i>	0%	0%	0%
<i>liberté d'expression</i>	50%	33%	83%
<i>protection de la vie privée</i>	14%	43%	71%
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	-	-	-
<i>liberté d'association</i>	0%	0%	100%
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	18%	23%	83%
<i>confiance légitime</i>	45%	41%	90%
<i>sécurité juridique</i>	15%	15%	92%
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	33%	17%	67%
<i>proportionnalité</i>	34%	30%	88%
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	35%	41%	47%
<i>Ensemble</i>	30%	31%	89%

11.d.1 – Ensemble des recours des sociétés et personnes morales de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>nombre total d'affaires réglées</i>	-	-	-	1884
<i>affaires avec DLF en général</i>	488	293	584	842
<i>% de chaque catégorie sur l'ensemble des affaires avec DLF en général</i>	58%	35%	69%	100%

11.d.2 - Situation des droits fondamentaux au sein des recours des sociétés et personnes morales				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>droits fondamentaux</i>	59	29	95	142
<i>droit de propriété</i>	35	18	32	58
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	11	1	18	28
<i>inviolabilité du domicile</i>	1	1	1	2
<i>liberté d'expression</i>	7	3	6	11
<i>protection de la vie privée</i>	1	3	5	7
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	2	0	0	2
<i>liberté d'association</i>	0	2	5	5
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	84	55	135	222
<i>confiance légitime</i>	147	86	157	231
<i>sécurité juridique</i>	98	38	155	228
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	123	81	138	213
<i>proportionnalité</i>	204	91	210	338
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	26	15	28	64
<i>Ensemble</i>	488	293	584	842

11.d.3 - % de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit			
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
<i>droits fondamentaux</i>	42%	20%	67%
<i>droit de propriété</i>	60%	31%	55%
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	39%	4%	64%
<i>inviolabilité du domicile</i>	50%	50%	50%
<i>liberté d'expression</i>	64%	27%	55%
<i>protection de la vie privée</i>	14%	43%	71%
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	100%	0%	0%
<i>liberté d'association</i>	0%	40%	100%
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	38%	25%	61%
<i>confiance légitime</i>	64%	37%	68%
<i>sécurité juridique</i>	43%	17%	68%
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	58%	38%	65%
<i>proportionnalité</i>	60%	27%	62%
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	41%	23%	44%
<i>Ensemble</i>	58%	35%	69%

2. Les individus

563. De 1996 à 2003, les individus sont à l'origine de 637 recours – c'est-à-dire 3 fois moins que les sociétés ou personnes morales –, dont 380 constituent des renvois préjudiciels, soit la grande majorité avec 60%. Par ailleurs, les individus n'ont décidé d'introduire que 257 recours directs. La part de ces recours – 40% – est alors plus réduite que la part correspondante à l'endroit des sociétés – 54% –. De plus, seuls 31 recours directs introduits par les individus ont été bien fondés, soit à peine 12% de 257. Ce taux est ainsi deux fois moindre que celui des sociétés et personnes morales. Le fait que les individus soient moins directement et, surtout, moins individuellement concernés que les sociétés ou personnes morales trouve dès lors une expression manifestement concrète.

L'invocation des droits fondamentaux n'apparaît en outre pas bouleverser la tendance. En effet, nous identifions 228 affaires initiées par les individus dans lesquelles les droits fondamentaux ont été invoqués. 139, soit 61%, sont des renvois préjudiciels et 89, soit 39%, sont des recours directs. Nous retrouvons donc les mêmes proportions que pour les affaires en général. Toutefois, le taux de recours directs bien fondés augmente de 50% : avec 17 arrêts relevés, il passe à 19% lorsque des droits fondamentaux sont visés, contre 12% en général. Les droits fondamentaux sembleraient ainsi influencer sur le bien-fondé des recours directs des individus, bien que leur incidence ne se traduise, en données brutes, que par un peu plus de 2 arrêts bien fondés par an, sur cette période. Rapportés aux 380 millions de citoyens d'avant 2004, les nombres apparaissent alors bien insignifiants...

564. L'utilisation des droits fondamentaux par les individus paraît d'ailleurs moins opportune que pour les sociétés. Déjà, les différences de taux entre la requête et l'index sont beaucoup plus fortes vis-à-vis des individus que des sociétés : on passe de 16 et 4 points, à 37 et 12 points. Les individus tendent alors à invoquer massivement les droits fondamentaux pour un résultat identique : le taux de réussite plafonne à 19%. En outre, les individus n'utilisent que 10 droits fondamentaux, contre 12 pour les sociétés. Notamment, aucun n'invoque la protection de la vie privée alors que le juge rapporteur a pu le faire pour un arrêt. Certes, la mention peut sembler anecdotique. Connaissant la réserve habituellement constatée du juge rapporteur en la matière, elle mérite toutefois d'être relevée.

En somme, les individus – et leurs avocats – ne semblent pas témoigner d'une utilisation perspicace des droits fondamentaux au sein des recours directs. Nous avons au contraire l'impression d'une invocation massive mais quelque peu aveugle. Et les renvois préjudiciels inspirés par les individus n'en constituent pas un substitut. De la même manière que pour les sociétés, les droits fondamentaux au sein des renvois préjudiciels initiés par les individus sont sous-évalués par les juges nationaux, car invoqués 3.7 fois moins que dans l'index. Vu les différences de situation des droits fondamentaux au sein des recours des sociétés et des recours des individus, nous nous interrogeons tout de même quant à la pertinence des questions posées aux juges, aussi bien communautaire que nationaux. L'opportunité des recours extraordinaires de requérants habitués au fait communautaire pourrait cependant nous éclairer sur ce point.

12.a.1 - Recours directs des individus de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>nombre total d'affaires réglées</i>	-	-	-	257
<i>recours directs avec DLF en général</i>	67	24	34	89
<i>% de chaque catégorie sur l'ensemble des affaires avec DLF en général</i>	75%	27%	38%	100%

12.a.2 - Situation des droits fondamentaux au sein des recours directs des individus				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>droits fondamentaux</i>	6	1	6	10
<i>droit de propriété</i>	4	2	3	4
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	0	0	2	2
<i>inviolabilité du domicile</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'expression</i>	2	0	0	2
<i>protection de la vie privée</i>	0	1	0	1
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'association</i>	2	1	1	3
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	10	4	7	17
<i>Confiance légitime</i>	26	11	18	37
<i>sécurité juridique</i>	20	2	2	22
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	18	4	6	25
<i>proportionnalité</i>	11	5	10	16
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	2	2	1	5
<i>Ensemble</i>	67	24	34	89

12.a.3 - % de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit			
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
<i>droits fondamentaux</i>	60%	10%	60%
<i>droit de propriété</i>	100%	50%	75%
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	0%	0%	100%
<i>inviolabilité du domicile</i>	-	-	-
<i>liberté d'expression</i>	100%	0%	0%
<i>protection de la vie privée</i>	0%	100%	0%
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	-	-	-
<i>liberté d'association</i>	67%	33%	33%
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	59%	24%	41%
<i>confiance légitime</i>	70%	30%	49%
<i>sécurité juridique</i>	91%	9%	9%
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	72%	16%	24%
<i>proportionnalité</i>	69%	31%	63%
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	40%	40%	20%
<i>Ensemble</i>	75%	27%	38%

12.b.1 - Recours directs des individus bien fondés de 1996 à 2003

	Recours avec DLF requête	Recours avec DLF juge rapporteur	Recours avec DLF index	Ensemble
<i>nombre total d'affaires réglées et bien fondées</i>	-	-	-	31
<i>recours directs bien fondés avec DLF en général</i>	12	7	10	17
<i>% de chaque catégorie sur l'ensemble des affaires bien fondées avec DLF en général</i>	71%	41%	59%	100%

12.b.2 – Situation des droits fondamentaux au sein des recours directs des individus bien fondés

	Recours avec DLF requête	Recours avec DLF juge rapporteur	Recours avec DLF index	Ensemble
<i>droits fondamentaux</i>	1	0	0	1
<i>droit de propriété</i>	0	0	0	0
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	0	0	0	0
<i>inviolabilité du domicile</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'expression</i>	1	0	0	1
<i>protection de la vie privée</i>	0	0	0	0
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'association</i>	0	0	0	0
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	2	0	2	4
<i>confiance légitime</i>	5	2	5	8
<i>sécurité juridique</i>	1	1	2	2
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	2	3	2	5
<i>proportionnalité</i>	4	2	6	7
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	0	0	0	0
<i>Ensemble</i>	12	7	10	17

12.b.3 - % de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit

	Recours avec DLF requête	Recours avec DLF juge rapporteur	Recours avec DLF index
<i>droits fondamentaux</i>	100%	0%	0%
<i>droit de propriété</i>	-	-	-
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	-	-	-
<i>inviolabilité du domicile</i>	-	-	-
<i>liberté d'expression</i>	100%	0%	0%
<i>protection de la vie privée</i>	-	-	-
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	-	-	-
<i>liberté d'association</i>	-	-	-
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	50%	0%	50%
<i>confiance légitime</i>	63%	25%	63%
<i>sécurité juridique</i>	50%	50%	100%
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	40%	60%	40%
<i>proportionnalité</i>	57%	29%	86%
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	-	-	-
<i>Ensemble</i>	71%	41%	59%

12.c.1 - Renvois <u>préjudiciels</u> inspirés par des individus de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>nombre total de renvois préjudiciels réglés</i>	-	-	-	380
<i>renvois préjudiciels avec DLF en général</i>	35	28	128	139
<i>% de chaque catégorie sur l'ensemble des renvois préjudiciels avec DLF en général</i>	25%	20%	92%	100%

12.c.2 - Situation des droits fondamentaux au sein des renvois <u>préjudiciels</u> inspirés par des individus				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>droits fondamentaux</i>	7	6	20	23
<i>droit de propriété</i>	2	2	6	6
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	2	0	3	4
<i>inviolabilité du domicile</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'expression</i>	0	0	0	0
<i>protection de la vie privée</i>	1	2	3	3
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'association</i>	0	0	0	0
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	11	8	62	73
<i>confiance légitime</i>	9	5	13	16
<i>sécurité juridique</i>	9	7	24	29
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	1	1	4	6
<i>proportionnalité</i>	14	10	47	50
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	3	1	3	6
<i>Ensemble</i>	35	28	128	139

12.c.3 - % de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit			
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
<i>droits fondamentaux</i>	30%	26%	87%
<i>droit de propriété</i>	33%	33%	100%
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	50%	0%	75%
<i>inviolabilité du domicile</i>	-	-	-
<i>liberté d'expression</i>	-	-	-
<i>protection de la vie privée</i>	33%	67%	100%
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	-	-	-
<i>liberté d'association</i>	-	-	-
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	15%	11%	85%
<i>confiance légitime</i>	56%	31%	81%
<i>sécurité juridique</i>	31%	24%	83%
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	17%	17%	67%
<i>proportionnalité</i>	28%	20%	94%
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	50%	17%	50%
<i>Ensemble</i>	25%	20%	92%

12.d.1 – Ensemble des recours des individus de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>nombre total d'affaires réglées</i>	-	-	-	637
<i>affaires avec DLF en général</i>	102	52	162	228
<i>% de chaque catégorie sur l'ensemble des affaires avec DLF en général</i>	45%	23%	71%	100%

12.d.2 - Situation des droits fondamentaux au sein des recours des individus				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>droits fondamentaux</i>	13	7	26	33
<i>droit de propriété</i>	6	4	9	10
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	2	0	5	6
<i>inviolabilité du domicile</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'expression</i>	2	0	0	2
<i>protection de la vie privée</i>	1	3	3	4
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'association</i>	2	1	1	3
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	21	12	69	90
<i>confiance légitime</i>	35	16	31	53
<i>sécurité juridique</i>	29	9	26	51
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	19	5	10	31
<i>proportionnalité</i>	25	15	57	66
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	5	3	4	11
<i>Ensemble</i>	102	52	162	228

12.d.3 - % de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit			
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
<i>droits fondamentaux</i>	39%	21%	79%
<i>droit de propriété</i>	60%	40%	90%
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	33%	0%	83%
<i>inviolabilité du domicile</i>	-	-	-
<i>liberté d'expression</i>	100%	0%	0%
<i>protection de la vie privée</i>	25%	75%	75%
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	-	-	-
<i>liberté d'association</i>	67%	33%	33%
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	23%	13%	77%
<i>confiance légitime</i>	66%	30%	58%
<i>sécurité juridique</i>	57%	18%	51%
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	61%	16%	32%
<i>proportionnalité</i>	38%	23%	86%
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	45%	27%	36%
<i>Ensemble</i>	45%	23%	71%

3. Les fonctionnaires

565. De 1996 à 2003, les fonctionnaires ont introduit 121 recours « fonctionnaire »⁵⁸ combinés avec un recours en annulation ou en responsabilité ou les deux, selon les codes attribués à ces affaires au sein de la base de données *Minidoc*. Faute de mieux, nous qualifierons ces recours en annulation et/ou en responsabilité

⁵⁸ Se référer au Règlement (Euratom, CECA, CEE) n° 1473/72 du Conseil, du 30 juin 1972, modifiant le règlement (CEE, Euratom, CECA) n° 259/68 fixant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ainsi que le régime applicable aux autres agents des Communautés, *JOCE*, n° L 160 du 16 juillet 1972, pp. 1-16, en ses articles 38 et 39 :

« Article 38 Le texte de l'article 90 est remplacé par le texte suivant :

"1. Toute personne visée au présent statut peut saisir l'autorité investie du pouvoir de nomination d'une demande l'invitant à prendre à son égard une décision. L'autorité notifie sa décision motivée à l'intéressé dans un délai de quatre mois à partir du jour de l'introduction de la demande. À l'expiration de ce délai, le défaut de réponse à la demande vaut décision implicite de rejet susceptible de faire l'objet d'une réclamation au sens du paragraphe suivant.

2. Toute personne visée au présent statut peut saisir l'autorité investie du pouvoir de nomination d'une réclamation dirigée contre un acte lui faisant grief, soit que ladite autorité ait pris une décision, soit qu'elle se soit abstenue de prendre une mesure imposée par le statut. La réclamation doit être introduite dans un délai de trois mois. Ce délai court :

- du jour de la publication de l'acte s'il s'agit d'une mesure de caractère général;
- du jour de la notification de la décision au destinataire et en tous cas au plus tard du jour où l'intéressé en a connaissance s'il s'agit d'une mesure de caractère individuel ; toutefois, si un acte de caractère individuel est de nature à faire grief à une personne autre que le destinataire, ce délai court à l'égard de ladite personne du jour où elle en a connaissance et en tous cas au plus tard du jour de la publication ;
- à compter de la date d'expiration du délai de réponse lorsque la réclamation porte sur une décision implicite de rejet au sens du paragraphe 1.

L'autorité notifie sa décision motivée à l'intéressé dans un délai de quatre mois à partir du jour de l'introduction de la réclamation. À l'expiration de ce délai, le défaut de réponse à la réclamation vaut décision implicite de rejet susceptible de faire l'objet d'un recours au sens de l'article 91.

3. La demande et la réclamation doivent, en ce qui concerne les fonctionnaires, être introduites par la voie hiérarchique, sauf si elles concernent le supérieur hiérarchique direct du fonctionnaire ; dans ce cas, elles peuvent être présentées directement à l'autorité immédiatement supérieure ».

Article 39 Le texte de l'article 91 est remplacé par le texte suivant :

«1. La Cour de justice des Communautés européennes est compétente pour statuer sur tout litige entre les Communautés et l'une des personnes visées au présent statut et portant sur la légalité d'un acte faisant grief à cette personne au sens de l'article 90 paragraphe 2. Dans les litiges de caractère [p]écuniaire, la Cour de justice a une compétence de pleine juridiction.

2. Un recours à la Cour de justice des Communautés européennes n'est recevable que :

- si l'autorité investie du pouvoir de nomination a été préalablement saisie d'une réclamation au sens de l'article 90 paragraphe 2 et dans le délai y prévu, et
- si cette réclamation a fait l'objet d'une décision explicite ou implicite de rejet.

3. Le recours visé au paragraphe 2 doit être formé dans un délai de trois mois. Ce délai court :

- du jour de la notification de la décision prise en réponse à la réclamation ;
- à compter de la date d'expiration du délai de réponse, lorsque le recours porte sur une décision implicite de rejet d'une réclamation présentée en application de l'article 90 paragraphe 2 ; néanmoins, lorsqu'une décision explicite de rejet d'une réclamation intervient après la décision implicite de rejet mais dans le délai de recours, elle fait à nouveau courir le délai de recours.

4. Par dérogation au paragraphe 2, l'intéressé peut, après avoir introduit auprès de l'autorité investie du pouvoir de nomination une réclamation au sens de l'article 90 paragraphe 2, saisir immédiatement la Cour de justice d'un recours, à la condition qu'à ce recours soit jointe une requête tendant à obtenir le sursis à l'exécution de l'acte attaqué ou des mesures provisoires. Dans ce cas, la procédure au principal devant la Cour de justice est suspendue jusqu'au moment où intervient une décision explicite ou implicite de rejet de la réclamation.

5. Les recours visés au présent article sont instruits et jugés dans les conditions prévues par le règlement de procédure établi par la Cour de justice des Communautés européennes" ».

d'« extraordinaires » selon le sens premier de ce terme. En réalité, 33 affaires ont été bien fondées à propos des recours autres que « fonctionnaire », soit 28%. Par ailleurs, 72 affaires combinées ont pu concerner les droits fondamentaux, dont 19 ont abouti à propos d'un recours autre que fonctionnaire, c'est-à-dire 26%.

Si les taux de réussite n'atteignent pas les niveaux importants des recours introduits par les institutions (respectivement 89% et 84%), nous pouvons cependant constater qu'ils s'approchent de ceux des États (31% et 28%) et, surtout, dépassent les taux des recours directs des sociétés (25% et 19%), ainsi que, *a fortiori*, ceux des individus (12% et 19%). Il ne faudrait tout de même pas négliger un élément déterminant : en vertu des articles 90 et 91 de leur statut, les fonctionnaires n'ont pas à franchir l'obstacle de la recevabilité que subissent les particuliers⁵⁹. En tant que fonctionnaires, ils n'ont en effet pas à démontrer qu'ils sont directement et individuellement concernés par un acte ou une absence d'acte leur faisant grief. Aussi est-il logique que leurs recours soient mieux accueillis.

566. Nous constatons toutefois que, malgré l'absence du verrou de la recevabilité, les recours autres des fonctionnaires n'aboutissent que dans 28% des cas et 26% des affaires dans lesquelles les droits fondamentaux sont invoqués. Des requérants aguerris au contentieux communautaire n'arrivent ainsi pas à atteindre les niveaux de réussite contentieuse dont certains rêvent au bénéfice des particuliers...

Par ailleurs, les fonctionnaires ne semblent pas plus agiles dans le maniement des droits fondamentaux que les individus, et apparaissent même moins pertinents que les sociétés ou personnes morales. En effet, nous remarquons que le taux d'invocation des droits fondamentaux dans la requête, que ce soit en général ou dans les recours autres que fonctionnaires bien fondés, est plus de 2 fois supérieur au taux correspondant de l'index. Autrement dit et au contraire des sociétés ou personnes morales, **les fonctionnaires invoquent trop souvent des droits fondamentaux de manière inutile** puisqu'il n'en est pas fait mention dans l'index du *Recueil de jurisprudence*. En outre, cette invocation massive n'exerce **aucun effet positif significatif**, dans la mesure où le taux d'obtention des arrêts tend plutôt à diminuer (on passe de 28% à 26%), à l'inverse du phénomène relatif aux recours des individus (on passe de 12% à 19%).

⁵⁹ *Id.*

13.a.1 - Recours extraordinaires des fonctionnaires de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>nombre total d'affaires réglées</i>	-	-	-	121
<i>affaires avec DLF en général</i>	67	21	28	72
<i>% de chaque catégorie sur l'ensemble des affaires avec DLF en général</i>	93%	29%	39%	100%

13.a.2 - Situation des droits fondamentaux au sein des recours extraordinaires des fonctionnaires				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>droits fondamentaux</i>	4	2	2	5
<i>droit de propriété</i>	0	0	0	0
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	0	0	0	0
<i>inviolabilité du domicile</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'expression</i>	0	0	0	0
<i>protection de la vie privée</i>	2	1	1	2
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	3	1	1	3
<i>liberté d'association</i>	0	0	0	0
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	28	2	3	29
<i>confiance légitime</i>	22	7	10	24
<i>sécurité juridique</i>	2	1	0	3
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	18	5	12	21
<i>proportionnalité</i>	6	1	3	7
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	0	3	0	3
<i>Ensemble</i>	67	21	28	72

13.a.3 - % de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit			
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
<i>droits fondamentaux</i>	80%	40%	40%
<i>droit de propriété</i>	-	-	-
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	-	-	-
<i>inviolabilité du domicile</i>	-	-	-
<i>liberté d'expression</i>	-	-	-
<i>protection de la vie privée</i>	100%	50%	50%
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	100%	33%	33%
<i>liberté d'association</i>	-	-	-
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	97%	7%	10%
<i>confiance légitime</i>	92%	29%	42%
<i>sécurité juridique</i>	67%	33%	0%
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	86%	24%	57%
<i>proportionnalité</i>	86%	14%	43%
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	0%	100%	0%
<i>Ensemble</i>	93%	29%	39%

13.b.1 - Recours extraordinaires des fonctionnaires <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>nombre total d'affaires réglées et bien fondées</i>	-	-	-	33
<i>affaires bien fondées avec DLF en général</i>	17	4	8	19
<i>% de chaque catégorie sur l'ensemble des affaires bien fondées avec DLF en général</i>	89%	21%	42%	100%

13.b.2 - Situation des droits fondamentaux au sein des recours extraordinaires des fonctionnaires <u>bien fondés</u>				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>droits fondamentaux</i>	0	0	0	0
<i>droit de propriété</i>	0	0	0	0
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	0	0	0	0
<i>inviolabilité du domicile</i>	0	0	0	0
<i>liberté d'expression</i>	0	0	0	0
<i>protection de la vie privée</i>	0	0	0	0
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	2	0	0	2
<i>liberté d'association</i>	0	0	0	0
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	7	0	0	7
<i>confiance légitime</i>	2	2	3	3
<i>sécurité juridique</i>	0	0	0	0
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	6	2	5	7
<i>proportionnalité</i>	0	1	1	1
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	0	0	0	0
<i>Ensemble</i>	17	4	8	19

13.b.3 - % de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit			
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>
<i>droits fondamentaux</i>	-	-	-
<i>droit de propriété</i>	-	-	-
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	-	-	-
<i>inviolabilité du domicile</i>	-	-	-
<i>liberté d'expression</i>	-	-	-
<i>protection de la vie privée</i>	-	-	-
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	100%	0%	0%
<i>liberté d'association</i>	-	-	-
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	100%	0%	0%
<i>confiance légitime</i>	67%	67%	100%
<i>sécurité juridique</i>	-	-	-
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	86%	29%	71%
<i>proportionnalité</i>	0%	100%	100%
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	-	-	-
<i>Ensemble</i>	89%	21%	42%

567. Cet éclairage nous semble ainsi particulièrement révélateur. Alors que l'intuition commandait de critiquer la situation des particuliers, nous pouvons réaliser que, si elle peut être améliorée, elle n'est pas forcément aussi dégradée qu'on veut bien le croire. Certes, cette perspective peut être relativisée, en raison du faible nombre de recours, ne permettant d'ailleurs pas de tirer de conclusion pertinente concernant la situation des droits fondamentaux en leur sein. Elle présente néanmoins une approche qualitative enrichissante, voire déterminante.

C. Synthèse

568. L'étude de la situation des droits fondamentaux communautaires selon la qualité du requérant ne contredit pas les résultats dégagés au sein de l'étude précédente vis-à-vis des différents recours ; elle la précise même.

Comme le rappelle la série de tableaux n° 14, reprenant les données des séries qu'elle synthétise, **les institutions communautaires et les juges nationaux tendent à négliger d'invoquer les droits fondamentaux**. Or, une invocation plus soutenue pourrait se révéler bénéfique. Non seulement, elle semble ne pas être étrangère au bien-fondé des recours des individus, mais encore elle permettrait à la juridiction communautaire d'affiner et d'élargir ses positions en la matière. Les institutions n'y gagneraient certes pas en terme de réussite des recours, déjà particulièrement importante. Elles ne devraient pour autant pas délaisser une thématique aussi profonde. Elles pourraient au contraire soutenir une juridiction qui tend à tirer les conséquences de la carence étatique. Il nous semble que cela participerait aussi de l'équilibre institutionnel. En tout cas, **la juridiction communautaire ne peut être tenue complètement responsable des lacunes de la protection des droits fondamentaux communautaires**.

Les juridictions nationales ont d'ailleurs également, à notre sens, un rôle déterminant à jouer. En effet, elles **sous-estiment encore trop souvent la question des droits fondamentaux, bien que cela puisse être également imputé aux requérants et à leurs avocats**. Le juge national n'est toutefois pas lié par les prétentions des parties qui se présentent à lui, lorsqu'il décide de poser une question préjudicielle à la CJCE. Aussi les défaillances éventuelles des avocats ne doivent-elles pas constituer une excuse trop systématique car, si elles demeurent, elles tendent à se réduire.

569. Certes, le décalage qui pouvait être constaté, dans les années 1960 et 1970, « entre d'une part la formation (et l'information) des juristes et, d'autre part, la connaissance du droit européen »⁶⁰ semble être globalement résorbé⁶¹. Néanmoins, certains avocats témoignent encore d'une difficulté à s'adapter au contexte communautaire. Notamment, il leur arrive de ne pas tirer de leurs arguments les

⁶⁰ M. LAGRANGE, « Les obstacles constitutionnels à l'intégration européenne », *RTDE*, 1969, pp. 242-254, p. 253.

⁶¹ Voir à ce sujet M. DARMON et J.-G. HUGLO, « La formation des juges en droit communautaire » in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 717 p., vol. I, pp. 303-312. Pour une vision plus globale, tendant à expliquer les raisons sociologiques de l'intégration européenne spécialement par la formation juridique, se référer également à H. SCHEPEL et R. WESSELING, « *The Legal Community : Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe* », *ELJ*, 1997, pp. 165-188. Sur cette question, voir également *infra*, §§ 836 et s.

conséquences qui s'imposent et qui permettraient un traitement plus favorable de leur client⁶². La question de la formation des juristes aux spécificités du contentieux communautaire demeure donc essentielle et, pour ce qui nous concerne, passe d'abord par une bonne connaissance des droits fondamentaux communautaires existants que nos tendances chiffrées sont susceptibles d'affiner.

⁶² Nous pouvons relever à ce titre les remarques de l'avocat général JACOBS au sein de l'affaire *UPA*, dans lesquelles il critique et réinterprète les propos du requérant. Voir Conclusions, 21 mars 2002, rendues sur l'arrêt du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, § 36 : « À l'audience, l'UPA a déclaré qu'elle ne demandait pas à la Cour de modifier sa jurisprudence sur l'interprétation de l'article 230, paragraphe 4, CE. Toutefois, son argumentation comporte de manière implicite une forte critique de la jurisprudence qui, selon elle, pourrait entraîner un déni de justice, sauf s'il y est dérogé dans des cas spécifiques ».

Nous ferons également part de nos observations lors de l'audience du 29 janvier 2003 relative à l'affaire T-67/01. L'avocat de la société *JCB Service* était chargé de contester la sanction financière que la Commission avait prononcée à l'encontre de sa cliente. Notamment, il critiquait la longueur de la procédure qui avait duré plus de vingt ans, mais n'en tirait aucune conséquence particulière. Un des juges l'interrogea néanmoins à deux reprises sur cette question. Nous supposons qu'il imaginait, comme nous le faisons nous-même, que l'avocat demanderait en conséquence une réduction de l'amende contestée. Il n'en fut toutefois rien, et il est probable que la société *JCB Service* aurait du s'acquitter d'un montant moindre. Voir TPICE, 13 janvier 2004, *JCB Service c/ Commission*, aff. T-67/01, *Rec.*, p. II-49. Il n'est ainsi pas étonnant que la société *JCB* se soit pourvue devant la CJCE, même si l'amende n'a finalement pas été réduite : voir CJCE, 21 septembre 2006, *JCB Service c/ Commission*, aff. C-167/04 P, *Rec.*, p. I-8935.

14.a - Situation des droits fondamentaux au sein de l'ensemble des affaires réglées					
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble DLF</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	27	25	114	128	579
<i>États membres</i>	74	35	82	111	184
<i>sociétés ou personnes morales</i>	488	293	584	842	1884
<i>individus</i>	102	52	162	228	637
<i>fonctionnaires</i>	67	21	28	72	121
<i>Ensemble</i>	754	424	965	1374	3390

14.b - Situation des droits fondamentaux au sein de l'ensemble des recours directs					
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble DLF</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	27	25	114	128	579
<i>États membres</i>	74	34	76	105	176
<i>sociétés ou personnes morales</i>	396	199	309	534	1026
<i>individus</i>	67	24	34	89	257
<i>fonctionnaires</i>	67	21	28	72	121
<i>Ensemble</i>	628	301	559	924	2148

14.c - Situation des droits fondamentaux au sein de l'ensemble des recours directs <u>bien fondés</u>					
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble DLF</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	21	21	95	108	513
<i>États membres</i>	21	7	19	29	55
<i>sociétés ou personnes morales</i>	108	72	101	156	257
<i>individus</i>	12	7	10	17	31
<i>fonctionnaires</i>	17	4	8	19	33
<i>Ensemble</i>	196	116	239	346	917

Seconde section. L'emprise matérielle persistante de certains droits fondamentaux

570. D'abord économique, la construction communautaire ne devait envisager « l'individu qu'en tant qu'agent économique »⁶³. Aussi la Cour de justice était-elle surtout animée par de telles considérations dans son développement des droits fondamentaux communautaires⁶⁴. Néanmoins, comme la construction communautaire a progressivement enrichi sa vision de l'individu, la Cour devait suivre le mouvement en reconnaissant aux personnes les droits découlant de « leur rôle social en tant que travailleurs », mais également de « leurs fonctions en tant que sujets écologiques et politiques »⁶⁵. La diversification des droits fondamentaux était donc en marche⁶⁶.

571. Cette diversification ne doit cependant pas être surestimée au risque, d'ailleurs, de se méprendre sur l'un des apports essentiels de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000. En effet, « les droits économiques des citoyens actifs au sein du marché sont certainement le noyau de tous les droits reconnus par la Communauté ou l'Union européennes : en réalité, seuls les citoyens activement engagés dans la libre circulation et la libre concurrence en profiteront »⁶⁷. D'ailleurs, la situation est perçue comme telle par les intéressés⁶⁸.

572. En somme, et comme le montre en outre la série de documents n° 15, certains droits demeurent majoritaires. D'autres, quoique d'une expression numériquement limitée, se révèlent pourtant qualitativement importants : ils témoignent de l'enrichissement, en cours, de la protection des droits fondamentaux communautaires. Nous aborderons donc d'abord les droits prépondérants (§1), puis les droits

⁶³ P. HETSCH, « Émergence des valeurs morales dans la jurisprudence de la C.J.C.E. », *RTDE*, 1982, pp. 511-555, p. 514. Voir également N. REICH, « *A European Constitution for Citizens : Reflections on the Rethinking of Union and Community Law* », *ELJ*, 1997, pp. 131-164, p. 132.

⁶⁴ C. TURNER, « *Human Rights Protection in the European Community : Resolving Conflict and Overlap Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights* », *EPL*, 1999, pp. 453-470, p. 460.

⁶⁵ N. REICH, « *A European Constitution for Citizens : Reflections on the Rethinking of Union and Community Law* », *op. cit.*, p. 132 : « *European citizens in their economic role as consumers and their social role as workers, as well as in their functions as ecological and political subjects* ».

⁶⁶ Voir à ce sujet P. WACHSMANN, « Les droits de l'homme », *RTDE*, 1997, pp. 883-902, p. 898.

⁶⁷ N. REICH, « *A European Constitution for Citizens : Reflections on the Rethinking of Union and Community Law* », *op. cit.*, p. 133 : « *The economic rights of active market citizens are certainly the nucleus of any rights granted by the European Community or Union: in reality only those citizens who are actively engaged in free movement and competition will profit from them* ».

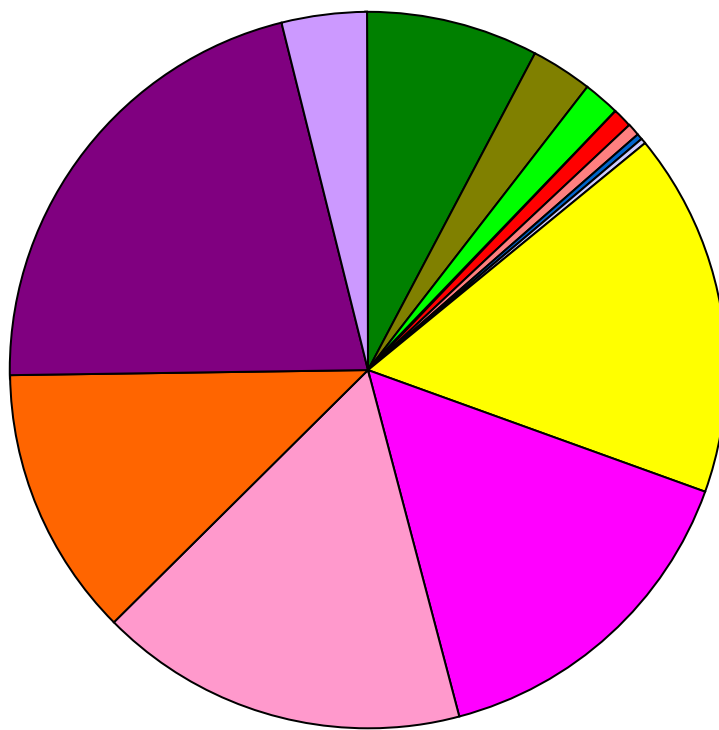
⁶⁸ La presse présente ainsi régulièrement la jurisprudence communautaire en matière de droits fondamentaux à propos des entreprises. Voir par ex. l'article de J.-Y. ART, relatif à l'affaire *Jégo-Quéré*, « La justice Communautaire élargit le droit des entreprises à contester un règlement européen », *Les Échos*, vendredi 17 et samedi 18 mai 2002, p. 54. – Nous soulignons. – L'auteur, professeur au Collège d'Europe de Bruges, attire ainsi l'attention sur le point crucial, même s'il est vrai que, dans son résumé, il parle de « un particulier ou une entreprise ».

qualitativement révélateurs (§2). Enfin, une synthèse présentera la situation du mot-clé « droits fondamentaux » (§3).

15 - Situation de chaque droit fondamental au sein des arrêts impliquant des droits fondamentaux							
	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>droits fondamentaux</i>	113	138	34	1	12	12	288
<i>droit de propriété</i>	40	56	15	0	4	1	111
<i>libre exercice de l'activité économique</i>	20	28	11	1	1	0	57
<i>inviolabilité du domicile</i>	5	0	0	0	0	2	5
<i>liberté d'expression</i>	9	13	1	0	1	0	23
<i>protection de la vie privée</i>	2	11	7	0	4	0	24
<i>liberté syndicale / droit de grève</i>	6	0	4	0	0	0	10
<i>liberté d'association</i>	4	4	1	0	0	0	8
<i>principe d'égalité et de non-discrimination</i>	196	308	68	0	58	22	618
<i>confiance légitime</i>	327	128	123	7	17	21	567
<i>sécurité juridique</i>	301	215	41	8	83	16	624
<i>droits de la défense et garanties procédurales</i>	350	34	58	16	14	72	459
<i>proportionnalité⁶⁹</i>	360	340	53	3	78	40	807
<i>droit à un recours juridictionnel</i>	99	34	8	8	4	0	143
<i>ensemble DLF</i>	1022	863	250	32	222	101	2317
<i>ensemble pas DLF</i>	1406	2475	419	150	897	82	5215
<i>ensemble affaires réglées</i>	2428	3338	669	182	1119	183	7532

⁶⁹ Nous avons conscience que la proportionnalité ne constitue pas en soi un droit fondamental. Conçue comme « un rapport de proportion », elle correspond à « l'exigence d'une relation logique et cohérente entre deux ou plusieurs éléments » selon le professeur PHILIPPE (p. 8). Sur cette base, le principe de la proportionnalité « regroupe l'ensemble des hypothèses où la proportionnalité est employée comme critère de la régularité de l'action ou de l'acte juridique » (p. 9). Ce principe constitue donc une technique que le juge utilise dans son contrôle normatif. Pourtant, la proportionnalité et/ou son principe ne peuvent être détachés des droits fondamentaux. Ils trouvent d'ailleurs à s'appliquer essentiellement dans le champ des droits fondamentaux. Le professeur PHILIPPE identifie effectivement quatre domaines où le contrôle de la proportionnalité est prégnant au sein des contentieux constitutionnel et administratif français : les libertés fondamentales, la fonction publique, la protection de la propriété et l'interventionnisme des personnes publiques (p. 342). Or, tous concernent les droits fondamentaux. Si la remarque est évidente pour les premier et troisième domaines, les deux autres impliquent les droits fondamentaux. D'une part, « le point de départ de l'interventionnisme économique découle de la protection de la liberté du commerce et de l'industrie » (p. 396), elle-même liberté fondamentale. En outre, le contrôle de la proportionnalité se traduit en la matière spécialement par « le respect du principe d'égalité en matière économique » (pp. 398-401), alors que le principe d'égalité constitue assurément un droit fondamental. D'autre part, si le contentieux de la fonction publique (pp. 359-369) dépasse la question du « contrôle juridictionnel des sanctions disciplinaires » (pp. 364-369) que nous rapprochons notamment du principe de la nécessité des peines inhérent aux droits fondamentaux en matière pénale, nous n'avons pas inclus dans notre étude les recours classiques des fonctionnaires. De ce fait, il apparaît que les champs d'application de la proportionnalité et/ou de son principe recouvre le domaine des droits fondamentaux. La remarque n'étant pas contredite dans le contexte communautaire, la proportionnalité mérite dès lors d'être incluse dans notre étude, ne serait-ce que parce qu'elle constitue une technique d'appui au service des droits fondamentaux. Se référer spéc. à X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 1990, 541 p.

**15 - Situation de chaque droit fondamental
au sein des arrêts impliquant
des droits fondamentaux**



- droits fondamentaux
- droit de propriété
- libre exercice de l'activité économique
- inviolabilité du domicile
- liberté d'expression
- protection de la vie privée
- liberté syndicale / droit de grève
- liberté d'association
- principe d'égalité et de non-discrimination
- confiance légitime
- sécurité juridique
- droits de la défense et garanties procédurales
- proportionnalité
- droit à un recours juridictionnel

§1. Les droits quantitativement majoritaires

573. Comme le montre très bien la figure n°15, cinq droits fondamentaux communautaires apparaissent prépondérants. Il s'agit, par ordre décroissant de la proportionnalité (807 références), de la sécurité juridique (624 références), du principe d'égalité et de non-discrimination (618 références), de la confiance légitime (567 références) et des droits de la défense et des garanties procédurales (459 références). Nous allons alors les envisager successivement, en intervertissant toutefois le principe d'égalité et la confiance légitime, de manière à ce que celle-ci suive la sécurité juridique à laquelle elle est particulièrement liée.

574. Pour procéder à cette étude, nous mettrons en parallèle plusieurs informations. D'une part, nous envisagerons l'emprise de chaque droit selon le type de recours et son résultat, de 1950 à 2003. D'autre part, nous nous intéresserons à l'utilisation de chaque droit selon la qualité du requérant. Pour ce faire, nous reprendrons des données déjà fournies que nous présenterons de manière transversale. Aussi, pour les mêmes raisons que précédemment, l'étude des droits fondamentaux selon la qualité du requérant ne sera matériellement possible qu'à partir de 1996.

Dans cette logique, nous présenterons donc la proportionnalité (A), la sécurité juridique (B), la confiance légitime (C), le principe d'égalité et de non-discrimination (D) enfin les droits de la défense et les garanties procédurales (E).

A. La proportionnalité

575. Le principe de proportionnalité repose sur l'adéquation des moyens utilisés pour atteindre un but. Les outils mis en œuvre ne doivent en fait pas être excessifs, mais à la mesure de l'objectif recherché. Ce principe trouve ainsi une justification particulière en matière de sanction.

Puisque les institutions communautaires, et spécialement la Commission, jouissent d'un pouvoir de sanction vis-à-vis des États membres ou encore des particuliers, il était logique que la Cour soit rapidement amenée à se prononcer sur l'équilibre entre le besoin et la pratique de la répression. Plus généralement, l'action active et équilibrante des institutions communautaires ouvrait la voie à la contestation des quotas imposés à certains agents économiques. La Cour eut d'ailleurs l'occasion de mettre en œuvre implicitement le principe de proportionnalité dans ses toutes premières affaires⁷⁰. Néanmoins, le principe apparaîtra plus officiellement ultérieurement, comme en témoigne le *Répertoire de jurisprudence communautaire*⁷¹.

⁷⁰ Voir not. CJCE, 16 juillet 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique c/ Haute Autorité*, aff. 8/55, *Rec.*, p. 201, p. 228.

⁷¹ Les premières affaires référencées datent en effet de 1977 : CJCE, 3 arrêts du 5 juillet 1977, *Bela-Mühle Josef Bergmann KG c/ Grows-Farm GmbH & CO. KG*, aff. 114/76, *Rec.*, p. 1211, pt 5 ; *Granaria BV c/ Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten*, aff. 116/76, *Rec.*, p. 1247, pt 15 ; et *Ölmühle Hambourg AG c/ Hauptzollamt Hamburg-Waltershof* et *Kurt A. Becher c/ Hauptzollamt Bremen-Nord*, aff. jointes 119 et 120/76, *Rec.*, p. 1269, pt 5.

576. Le principe de proportionnalité est depuis devenu l'un des PGDC les plus utilisés avec 807 références de 1950 à 2003.

Comme l'illustre le tableau n° 16.a, le principe apparaît surtout lors des recours en annulation et des renvois préjudiciels, avec respectivement 360 et 340 utilisations, soit 45% et 42% de 807. Par ailleurs, 185 affaires dans lesquelles il a été invoqué ont abouti, c'est-à-dire dans 23% des cas. En fait, majoritairement, ces affaires sont rejetées sur le fond : nous comptons 281 arrêts, soit 35% de l'ensemble des 807 affaires. Dès lors, seules 92 affaires relatives également au principe de proportionnalité sont irrecevables, c'est-à-dire environ 11% de l'ensemble. *L'utilisateur principal du principe de proportionnalité semble alors être un requérant qui arrive devant le juge communautaire, assez facilement, en utilisant la voie directe du recours en annulation.* Se profile donc ici *la société ou la personne morale*, phénomène confirmé par les tableaux n° 16.b.1 et 2.

577. De 1996 à 2003, nous dénombrons 319 recours directs dont la grande majorité (204, soit 64%) résultent de l'action des sociétés ou personnes morales. De la même manière, au sein des recours bien fondés, les recours introduits par les sociétés sont ceux qui concernent, de loin, le plus souvent le principe de proportionnalité : 65 références, soit 54% de 120. Comparativement, *la place des individus est très faible* : avec 11 évocations de la proportionnalité dans des recours directs et 4 dans des recours directs bien fondés, les individus s'y réfèrent en moyenne 13 fois moins que les sociétés.

Par ailleurs, l'utilisation de ce principe semble être propice au bien-fondé des recours puisque nous identifions 120 recours sur 319 recours dans lesquels la proportionnalité est invoquée, c'est-à-dire 38%. Les sociétés se révèlent en outre assez habiles dans son maniement, étant donné que le taux d'utilisation de ce principe dans la requête demeure élevé lorsque le recours est obtenu : on passe de 50% (159 sur 319) à 39% (47 de 120). Le taux de réussite de ces recours de 30% (47 sur 159) demeure cependant inférieur au taux de réussite général. Néanmoins, ce dernier est certainement gonflé par le niveau atteint par les institutions communautaires. En effet, si le taux de références de la proportionnalité dans la requête n'équivaut qu'à 4% de l'ensemble des 319 affaires réglées, le nombre d'arrêts concernés reste quasi identique au sein des recours bien fondés : on passe de 12 à 10. Aussi le taux dans les recours bien fondés est-il multiplié par plus de 2, en arrivant à 8%, et le taux de réussite atteint-il plus de 83%. Nous retrouvons ici la grande justesse de l'action des institutions qui demeure d'ailleurs toujours inférieure aux possibilités, comme le montrent les invocations dans l'index.

578. Conclusion. En somme, le principe de proportionnalité nous semble non seulement prégnant, mais également efficace. Il s'adresse plus particulièrement aux sociétés qui en ont compris l'intérêt, et ont vraisemblablement appris à le manier correctement.

16.a - La proportionnalité au sein des recours de 1950 à 2003							
	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>bien-fondé</i>	107	-	5	0	65	24	185
<i>rejet sur le fond</i>	231	-	42	0	19	18	281
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	71	6	10	1	7	2	92
<i>Autres</i> ⁷²	16	1	2	2	0	0	21
<i>Ensemble</i>	360	340	53	3	78	40	807

16.b.1 - La proportionnalité selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	12	5	33	39
<i>États membres</i>	43	17	31	56
<i>sociétés ou personnes morales</i>	159	51	92	204
<i>individus</i>	11	5	10	16
<i>fonctionnaires</i> ⁷³	6	1	3	7
<i>Ensemble</i> ⁷⁴	231	78	167	319

16.b.2 - La proportionnalité selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	10	4	27	32
<i>États membres</i>	9	4	9	15
<i>sociétés ou personnes morales</i>	47	16	30	65
<i>individus</i>	4	2	6	7
<i>fonctionnaires</i>	0	1	1	1
<i>Ensemble</i>	70	27	73	120

⁷² Comme précédemment, il s'agit des affaires ajournées, ayant donné lieu à un non-lieu à statuer ou à un arrêt interlocutoire.

⁷³ Nous rappelons que seuls les recours de fonctionnaires combinés avec d'autres recours sont pris en compte.

⁷⁴ Ce ne sont pas systématiquement des totaux car pour un certain nombre d'affaires nous avons identifié des requérants de qualité différente. En l'occurrence, de 1996 à 2003, nous avons considéré que pour 7 arrêts, les requérants étaient à la fois une société ou une personne morale et un individu.

B. La sécurité juridique

579. La sécurité juridique tend à assurer une certaine « quiétude » dans les relations que l'on peut nouer sous l'empire du droit. Aussi la Cour de justice la définit-elle comme visant « à garantir la prévisibilité des situations et des relations juridiques relevant du droit communautaire »⁷⁵. Chargée de la bonne application d'un droit nouveau et en cela inquiétant, surtout au départ, la Cour fit très rapidement appel à la sécurité juridique⁷⁶. Il s'agissait certainement de sécuriser les destinataires de ces nouvelles règles de droit de manière non seulement juridique, mais aussi psychologique. La sécurité juridique habille de ce fait de nombreuses réalités parfois fort différentes, mais convergeant toutes vers le même but : rasséréner les acteurs de l'ordre juridique communautaire⁷⁷.

La sécurité juridique recouvre ainsi de nombreux principes. Il peut s'agir de l'exigence de clarté et de précision⁷⁸, ou de non-équivoque⁷⁹, de la règle juridique ou encore de la non-rétroactivité⁸⁰, spécialement de la règle pénale⁸¹. Dans cette logique, les institutions doivent respecter « l'intangibilité des actes qu'elles ont adoptés et qui affectent la situation juridique et matérielle des sujets de droit, de sorte qu'elles ne pourront modifier ces actes que dans le respect des règles de compétence et de procédure », à moins que le sujet de droit n'ait pas « respecté les conditions formulées » par l'acte en cause⁸². La sécurité juridique trouve donc à s'appliquer dans de nombreuses situations, ce qui explique son emprise dans le contentieux communautaire.

580. De 1950 à 2003, la sécurité juridique a été invoquée dans 624 arrêts ou ordonnances dont 175 (soit 28%) ont abouti. Nous constatons en fait que le profil de la sécurité juridique est similaire à celui de la proportionnalité. En effet, elle est essentiellement invoquée lors des recours en annulation et des renvois préjudiciels, ce qui représente respectivement 48% (301 de 624), et 34% (215 de 624) de l'ensemble des recours en cause.

Il est en outre intéressant de souligner que l'argument [semble avoir une influence positive sur le bien-fondé d'une affaire](#). Nous avons en fait comparé les taux de réussite

⁷⁵ Voir par ex. TPICE, 25 mars 1999, *Forges de Clabecq SA c/ Commission*, aff. T-37/97, *Rec.*, p. II-859, pt 97.

⁷⁶ Voir implicitement CJCE, 17 juillet 1959, *Société nouvelle des usines de Pontlieue – Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) c/ Haute Autorité*, aff. jointes 32 et 33/58, *Rec.*, p. 275. Pour le premier arrêt référencé dans le *Répertoire de jurisprudence communautaire*, voir CJCE, 1^{er} juin 1961, *Gabriel Simon c/ Cour de justice*, aff. 15/60, *Rec.*, p. 225.

⁷⁷ Pour une critique de la carence définitionnelle en matière de sécurité juridique, voir L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., 2005, 576 p., § 660, p. 519.

⁷⁸ Voir par ex. CJCE 22 février 1989, *Commission c/ France et Royaume-Uni*, aff. jointes 92 et 93/87, *Rec.*, p. 405, alinéa 22.

⁷⁹ Se référer not. à CJCE, 6 mars 2003, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-478/01, *Rec.*, p. I-2351, pt 20.

⁸⁰ Consulter à ce sujet CJCE, 13 juillet 1965, *Lemmerz Werke c/ Haute Autorité*, aff. 111/63, *Rec.*, p. 835.

⁸¹ Voir spéc. CJCE, 10 juillet 1984, *Regina c/ Kent Kirk*, aff. 63/83, *Rec.*, p. 2689, pts 21 à 23.

⁸² Pour les deux citations, TPICE, 25 mars 1999, *Forges de Clabecq SA c/ Commission*, aff. T-37/97, *Rec.*, p. II-859, resp. pts 97 et 98.

des affaires dans lesquelles la sécurité juridique est invoquée par rapport aux taux moyens de réussite des différents recours, dont les données sont disponibles dans les séries de documents n^{os} 2 à 7. Notamment, nous relevons que, en général, le recours en annulation est bien fondé dans 27% des cas (662 sur 2428) et le recours en manquement dans 90% des cas (1003 sur 1119). Or, en ce qui concerne la sécurité juridique, on passe à des taux de réussite de respectivement 30% (91 sur 301) et 93% (77 sur 83). Autrement dit, les taux sont légèrement plus élevés, précisément de 3 points, dans la seconde hypothèse. Nous pouvons alors en déduire que la sécurité juridique tendrait à constituer un argument de poids devant la juridiction communautaire bien que, encore une fois, nous ne puissions assurer que le bien-fondé de l'affaire résulte du droit fondamental identifié. En tout cas, la remarque tend à corroborer l'importance déjà soulignée de la sécurité juridique au sein du contentieux communautaire.

581. Par ailleurs, de 1996 à 2003, nous retrouvons des tendances proches par rapport à la proportionnalité quant à l'importance du droit selon la qualité du requérant. Numériquement et relativement, *la sécurité juridique est majoritairement invoquée par les sociétés ou personnes morales* dans la formulation de leur requête. Les taux de référence sont en outre assez stables entre les recours directs en général et les recours bien fondés : on passe de 84 sur 264, à 19 sur 102, soit de 32% à 19%, c'est-à-dire une perte d'un peu plus de 10 points comme pour la proportionnalité. Néanmoins, le taux de réussite des arrêts introduits par les sociétés et dans lesquels elles invoquent la sécurité juridique chute à 23%. L'utilisation de ce droit par les sociétés semble ainsi d'autant moins efficiente que le taux de réussite quels que soient les requérants atteint 39% (102 de 264). La place des individus demeure en outre ici très minimale puisque seules 20 affaires sont identifiables, et seulement 1 arrêt est obtenu, soit à peine 5% de réussite. Les taux d'invocation dans la requête (8% de 264 et 1% de 102) sont également divisés par 8, ce qui renforce l'idée que la sécurité juridique ne constitue pas un outil utile ou familier de l'individu. Enfin, nous constatons que les invocations de la sécurité juridique par les institutions demeurent particulièrement minimales (6 références contre 53 dans l'index) mais sont significativement efficaces : la totalité des affaires dans lesquelles les institutions ont visé la sécurité juridique s'est révélée bien fondée.

582. Conclusion. La sécurité juridique ne constitue ainsi pas un élément négligeable de la protection des droits fondamentaux communautaires. Elle sert d'ailleurs principalement les particuliers, même si, tout comme pour la proportionnalité, il s'agit surtout des sociétés ou personnes morales. Cette étude ne serait toutefois pas complète, s'il n'était question de la confiance légitime, en ce que celle-ci participe grandement à l'expression de la sécurité juridique⁸³.

⁸³ Voir à ce sujet L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., § 660, p. 519 ; ou encore C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, Juris-Classeur, 2004, 494 p., § 582, pp. 365-366, p. 365, qui incluent même la confiance légitime dans la sécurité juridique.

17.a - La sécurité juridique au sein des recours de 1950 à 2003							
	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>bien-fondé</i>	91	-	4	1	77	8	175
<i>rejet sur le fond</i>	180	-	31	1	16	4	223
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	66	4	8	3	4	2	84
<i>autres</i>	13	0	1	2	1	0	17
<i>Ensemble</i>	301	215	41	8	83	16	624

17.b.1 - La sécurité juridique selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	6	8	53	56
<i>États membres</i>	25	4	37	50
<i>sociétés ou personnes morales</i>	84	24	70	136
<i>individus</i>	20	2	2	22
<i>fonctionnaires</i>	2	1	0	3
<i>Ensemble</i>	134	39	162	264

17.b.2 - La sécurité juridique selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	6	7	46	49
<i>États membres</i>	7	1	9	14
<i>sociétés ou personnes morales</i>	19	6	22	37
<i>individus</i>	1	1	2	2
<i>fonctionnaires</i>	0	0	0	0
<i>Ensemble</i>	33	15	79	102

C. La confiance légitime

583. La confiance légitime repose sur la croyance que les relations juridiques dans lesquelles on s'engage sont nouées de bonne foi, avec loyauté et sincérité. Elle permet alors d'acquérir un relatif droit au maintien de certaines situations juridiques, notamment lorsque les citoyens pouvaient légitimement croire en ce maintien. En d'autres termes, la confiance légitime tend à sécuriser les actions du citoyen lorsqu'il prend acte de la législation en vigueur. En cela, la confiance légitime découle, ou du moins se rapproche grandement, de la sécurité juridique. Si celle-ci avait été rapidement reconnue, il était logique que celle-là le fût aussi. Elle le fut toutefois un peu plus tardivement⁸⁴.

Concrètement, la confiance légitime protège « tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration a fait naître dans son chef des espérances fondées »⁸⁵. De la même manière, elle « interdit aux institutions communautaires [...] de modifier [une] réglementation sans l'assortir de mesures transitoires si un intérêt public péremptoire ne s'oppose pas à l'adoption de pareilles mesures »⁸⁶. Néanmoins, elle n'accorde pas un droit absolu au maintien de la réglementation en vigueur. Déjà, le citoyen ne peut se prévaloir de la confiance légitime pour contester qu'un État ait inopinément changé de pratique, alors même que celle-ci était contraire au droit communautaire⁸⁷. Enfin, et de manière générale, la confiance légitime ne s'applique pas dans les domaines où la Commission dispose de pouvoirs d'appréciation lui permettant de modifier l'état du droit, comme en matière de concurrence⁸⁸. Elle n'en demeure pas moins importante au sein du contentieux communautaire.

584. De 1950 à 2003, 567 affaires ont évoqué la confiance légitime dont 123 ont abouti, soit 22%. La confiance légitime semblerait ainsi moins efficace que la sécurité juridique dont les affaires sont bien fondées dans 28% des cas. En fait, il s'avère que la première n'est invoquée que dans très peu de recours en manquement. Or, ces derniers jouissant d'un taux de réussite remarquable, leur baisse numérique influe sur le taux général de recours bien fondés.

En outre, la confiance légitime est surtout invoquée au sein des recours en annulation (58% de 567), alors que leur taux de réussite baisse légèrement puisqu'il passe à 27% (88 sur 327) contre 30% avec la sécurité juridique. [La confiance légitime apparaîtrait ainsi moins efficace](#). Pourtant, nous constatons que le nombre de recours en responsabilité bien fondés dans lesquels la confiance légitime est invoquée est plus grand que le nombre correspondant à la sécurité juridique. Le taux de réussite augmente

⁸⁴ CJCE, 18 novembre 1975, *Société CAM SA c/ Commission*, aff. 100/74, *Rec.*, p. 1393.

⁸⁵ CJCE, 19 mai 1983, *Vassilis Mavridis c/ Parlement européen*, aff. 289/81, *Rec.*, p. 1731, pt 21.

⁸⁶ CJCE, 16 mai 1979, *Ditta Angelo Tomadini Snc c/ Amministrazione delle finanze dello Stato*, aff. 84/78, *Rec.*, p. 1801, pt 20.

⁸⁷ CJCE, 15 décembre 1982, *Hauptzollamt Krefeld c/ Maizena GmbH*, aff. 5/82, *Rec.*, p. 4601, pt 22.

⁸⁸ CJCE, 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri A/S et autres c/Commission*, aff. jointes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, *Rec.*, p. I-05425, pts 171 et 172.

également en atteignant 14% (17 sur 123), contre à peine 10% (4 sur 41) dans le cadre de la sécurité juridique. L'influence éventuelle de la confiance légitime demeure toutefois limitée, en ce que le taux de 14% n'atteint pas le taux moyen de recours en responsabilité bien fondés : 19% (127 sur 669). **Elle semble tout de même constituer un moyen plus efficace que la sécurité juridique pour ce qui concerne le recours en responsabilité.**

585. Nous remarquons d'ailleurs que, de 1996 à 2003, les recours intentés par les individus connaissent une situation moins difficile que ceux qui concernent la sécurité juridique. Alors que le taux de ces recours entre les affaires réglées et les arrêts bien fondés était divisé par 8 pour la sécurité juridique, il demeure assez stable pour la confiance légitime : on trouve respectivement 9% (26 sur 287) et 7% (5 sur 68). Par ricochet, le taux de réussite des recours intentés par les individus et évoquant la confiance légitime explose à 19%. Aussi pouvons-nous en déduire que **ce sont les individus qui ont introduit plus de recours en responsabilité ayant, en outre, mieux abouti.**

La situation globale de la confiance légitime n'en devient pour autant pas meilleure que celle de la sécurité juridique. Au contraire, le nombre de recours bien fondés dans lesquels la confiance légitime est invoquée diminue, alors que le nombre de recours réglés en la matière augmente. Aussi le taux de réussite chute-t-il à 24%, contre 39% vis-à-vis de la sécurité juridique, soit d'environ 2/3. Les requérants principaux demeurent en fait les sociétés qui témoignent d'une gestion médiocre de la confiance légitime, similaire à celle de la sécurité juridique, puisque le taux de réussite est ici de 22%. Enfin, le nombre d'invocations par les institutions communautaire est encore plus réduit qu'à propos de la sécurité juridique, ce qui tend à conforter l'idée que **la confiance légitime bénéficie plutôt aux particuliers** et surtout aux individus, spécialement dans le cadre du recours en responsabilité. Ce constat semble finalement tout à fait logique, au regard de l'objet de la confiance légitime. Il s'agit notamment de demander le maintien d'une législation qui vient d'être inopinément modifiée, ce qui induit que ce sont les auteurs de la législation qui sont les destinataires des recours. Matériellement, cela implique aussi, et peut-être surtout, de demander réparation pour les frais engagés ou, en tout cas, pour le préjudice subi. Les particuliers ont alors plus tendance à se tourner vers le recours en responsabilité.

586. Conclusion. En somme, la confiance légitime est plus utilisée que la sécurité juridique. Néanmoins, elle constitue un outil globalement moins opportun. Il est ainsi intéressant de confronter cette réalité aux considérations doctrinales, plus critiques envers l'outil le plus efficace⁸⁹. En fait, la sécurité juridique est certainement plus efficiente : elle regroupe plusieurs éléments dont la combinaison facilite probablement la réception du raisonnement par le juge. En tout cas, cela conforte l'intérêt de ne pas confondre les deux droits fondamentaux, à l'instar de la Cour de justice, et au contraire de certaines classifications doctrinales ou positions jurisprudentielles nationales⁹⁰.

⁸⁹ Voir par ex. L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., §§ 660-661, pp. 519-520.

⁹⁰ Resp., voir not. C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., § 582, p. 365 ; et la récente jurisprudence de l'Assemblée du Conseil d'État français, consacrant « la chose sans le mot, en choisissant d'assurer une pleine protection de la confiance légitime sur le fondement de l'exigence de sécurité juridique » : CE, Ass., 4 arrêts du 24 mars 2006, req. n° 288460, 288465, 288474 et

18.a – La confiance légitime au sein des recours de 1950 à 2003							
	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>bien-fondé</i>	88	-	17	0	14	13	123
<i>rejet sur le fond</i>	200	-	92	0	5	8	288
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	78	4	28	5	2	0	108
<i>autres</i>	18	0	5	3	0	0	26
<i>Ensemble</i>	327	128	123	7	17	21	567

18.b.1 - La confiance légitime selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	2	2	10	12
<i>États membres</i>	20	11	28	37
<i>sociétés ou personnes morales</i>	124	65	111	180
<i>individus</i>	26	11	18	37
<i>fonctionnaires</i>	22	7	10	24
<i>Ensemble</i>	192	94	175	287

18.b.2 - La confiance légitime selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	1	2	7	8
<i>États membres</i>	6	1	6	10
<i>sociétés ou personnes morales</i>	27	13	26	39
<i>individus</i>	5	2	5	8
<i>fonctionnaires</i>	2	2	3	3
<i>Ensemble</i>	41	20	47	68

288485, commentés par D. SIMON, « Le principe de confiance légitime est-il soluble dans la sécurité juridique ? », *Europe*, 2006, n° 5, commentaire n° 142, pp. 9-12, p. 11.

D. Le principe d'égalité et de non-discrimination

587. Le principe d'égalité et de non-discrimination emporte deux acceptions. Au sens réduit, il s'appuie sur l'objectif d'équivalence de traitement des situations juridiques. Plus largement, il ambitionne de résorber les différences matérielles. Néanmoins, les deux approches se rejoignent en ce que la première dépend d'une identification préalable des critères juridiquement pris en compte dans l'appréciation de l'égalité. Or, ces critères ne sont pas immuables puisque, si la naissance, la religion, ou encore la fortune sont mis en exergue depuis longtemps, ont été récemment ajoutés le sexe et l'orientation sexuelle. Les éléments sur lesquels un traitement différent ne peut être fondé évoluent donc en fonction des valeurs sociales, et contribuent au renouvellement de la caractérisation des situations juridiques. Chaque ordre juridique contrôle toutefois ce phénomène, et reçoit les éventuelles influences sociales en fonction des valeurs qui lui sont propres. Cette vision permet d'ailleurs d'expliquer la mutation du principe d'égalité et de non-discrimination dans l'ordre juridique communautaire dont les valeurs ont été, à ce sujet, approfondies.

Si le principe d'égalité et de non-discrimination était inhérent à la construction communautaire⁹¹, il était, au départ, surtout question de répondre aux discriminations potentiellement commises par les institutions communautaires. Il ne s'agissait alors pas de promouvoir l'égalité au sens large. Aussi la Cour de justice s'était-elle surtout attelée à la définition de la discrimination, et de la discrimination condamnable, dans le contexte communautaire⁹². Pour simplifier, une « discrimination consiste à traiter de manière différente des situations qui sont identiques ou de manière identique des situations qui sont différentes »⁹³. Elle est ainsi condamnable « à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié »⁹⁴. Cette approche défensive était toutefois complétée par des développements fondés sur quelques dispositions des traités, comme l'article 119 CEE devenu 141 CE, reconnaissant l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail⁹⁵. Cette jurisprudence n'est d'ailleurs certainement pas étrangère à la mutation du principe d'égalité et de non-discrimination opérée par le traité d'Amsterdam⁹⁶ : en vertu de l'article 13 CE, la Communauté jouit dorénavant d'une compétence générale en la matière. La volonté fondatrice de faire évoluer le principe d'égalité et de non-discrimination vers une conception plus seulement défensive, mais surtout positive est en outre renforcée par l'appui d'au moins sept articles de la Charte

⁹¹ À propos du caractère déterminant de l'égalité entre les États, quelle que soit leur situation, pour la pérennité de la construction communautaire, voir *supra*, § 368.

⁹² Pour les premiers arrêts référencés dans le *Répertoire* et s'attachant à une telle définition, voir CJCE, 2 arrêts du 13 juillet 1962, *Klöckner-Werke AG et Hoesch AG c/ Haute Autorité*, aff. jointes 17 et 20/61, *Rec.*, p. 615, pt 6 ; et *Mannesmann AG c/ Haute Autorité*, aff. 19/61, *Rec.*, p. 675, p. 711.

⁹³ CJCE, 23 février 1983, *Kommanditgesellschaft in der Firma Hans-Otto Wagner GmbH Agrarhandel c/ Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, aff. 8/82, *Rec.*, p. 371, pt 2.

⁹⁴ CJCE, 14 avril 2005, *Belgique c/ Commission*, aff. C-110/03, *Rec.*, p. I-2801, pt 71.

⁹⁵ Voir à ce sujet CJCE, 15 juin 1978, *Gabrielle Defrenne c/ SA belge de navigation aérienne Sabena*, aff. 149/77, *Rec.*, p. 1365, pt 27.

⁹⁶ Voir à ce sujet M.-F. CHRISTOPHE TCHAKALOFF, « Le principe de non-discrimination » in F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 531 p., pp. 187-198.

des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 (articles 20 à 26). Le principe d'égalité et de non-discrimination constitue en somme une pierre angulaire de plus en plus importante pour la construction communautaire. Il était donc logique qu'il imprègne le contentieux communautaire des droits fondamentaux.

588. De 1950 à 2003, le principe d'égalité et de non-discrimination a en effet été invoqué dans plus de 618 affaires dont 125 ont abouti, soit 20%. *Pour la première fois* dans cette étude, *sont majoritairement en cause des renvois préjudiciels* : avec 308 références, ils représentent 50% de 618. Ce phénomène témoigne certainement du glissement fonctionnel de l'égalité : conçue pour protéger les États, elle sert essentiellement les travailleurs, que ce soit sur le fondement de leur nationalité ou de leur sexe, dont le contentieux est plutôt national. *Son invocation ne semble toutefois pas faciliter le succès des recours en annulation*, dont le taux d'obtention de 28% (54 sur 196) avoisine le taux généralement constatable à son endroit : 27%. D'ailleurs, le taux de réussite des recours en responsabilité dans lesquels l'égalité est aussi visée est inférieur au taux général : on a 16% (11 de 68) contre 19% en général. En revanche, le taux de réussite des recours en constatation de manquement est ici supérieur de 5 points : on passe de 90% en général à 95% (55 de 58). Aussi pouvons-nous en déduire que le principe ne s'est pas affranchi de sa fonction première vis-à-vis des États membres, même s'il s'est étendu à la situation des particuliers.

589. L'appréciation de l'égalité selon les requérants, de 1996 à 2003, tend en fait à confirmer ce premier constat. Les sociétés ou personnes morales sont les requérants qui se réfèrent le plus à l'égalité ou à la non-discrimination et leurs argumentations paraissent plutôt opportunes. En effet, le taux de réussite des recours intentés par les sociétés et abordant le principe d'égalité approche 28%, soit un des meilleurs taux constatés jusqu'à présent. Au contraire, la situation des individus se révèle moins bonne : seuls 2 arrêts dans lesquels ils ont invoqué l'égalité ou la non-discrimination sur 10 ont été bien fondés. Alors que le taux de réussite des recours directs portant aussi sur ce principe atteint 38% (83 de 220), le taux de réussite des recours intentés par les individus de 20% semble ainsi bien faible, surtout en considération des 100% des invocations de l'égalité par les institutions... *Ce droit fondamental bénéficie donc, essentiellement et encore, aux acteurs d'abord économiques que sont les sociétés ou les personnes morales.*

590. Conclusion. Au final, si le principe d'égalité et de non-discrimination s'est progressivement ouvert aux particuliers, il se révèle surtout propice aux agents économiques. Il est vrai, de toute façon, que l'extension qualitative que le principe a connue est récente puisque le traité d'Amsterdam est entré en vigueur le 1^{er} mai 1999. En outre, la sublimation de l'attribution générale de compétence en la matière par la Charte des fondamentaux de l'Union européenne demeure sans effet juridique contraignant. Du temps est ainsi encore nécessaire, à notre avis, pour que la connaissance de la mutation en cours se diffuse auprès des acteurs nationaux, et surtout des particuliers.

19.a - Le principe d'égalité et de non-discrimination au sein des recours de 1950 à 2003							
	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>bien-fondé</i>	54	-	11	0	55	9	125
<i>rejet sur le fond</i>	141	-	51	0	5	13	193
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	45	4	13	0	2	1	63
<i>autres</i>	6	0	2	0	0	0	8
<i>Ensemble</i>	196	308	68	0	58	22	618

19.b.1 - Le principe d'égalité et de non-discrimination selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	3	1	28	32
<i>États membres</i>	8	8	16	24
<i>sociétés ou personnes morales</i>	66	32	53	123
<i>individus</i>	10	4	7	17
<i>fonctionnaires</i>	28	2	3	29
<i>Ensemble</i>	113	46	103	220

19.b.2 - Le principe d'égalité et de non-discrimination selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	3	1	26	30
<i>États membres</i>	1	1	3	4
<i>sociétés ou personnes morales</i>	18	16	10	38
<i>individus</i>	2	0	2	4
<i>fonctionnaires</i>	7	0	0	7
<i>Ensemble</i>	31	18	41	83

E. Les droits de la défense et les garanties procédurales

591. Les droits de la défense et les garanties procédurales procèdent du refus de l'arbitraire. Chacun doit alors être mis en mesure de faire valoir sa vérité, à chaque fois qu'elle est mise en doute, spécialement lorsque l'enjeu consiste en une sanction.

Dès lors, la Haute Autorité puis la Commission disposant de pouvoirs punitifs importants, la Cour de justice devait être, dès le départ, confrontée à la revendication de leurs droits de la défense par les acteurs poursuivis par l'institution communautaire⁹⁷. La Cour n'utilisa cependant le référant « droits de la défense » qu'un peu plus tard⁹⁸. Étaient ainsi reconnus le droit de prendre connaissance des faits et documents justifiant la punition et par suite la décision judiciaire, ou encore le droit d'être entendu⁹⁹, de manière à ce que l'égalité des armes soit respectée et que le procès soit équitable¹⁰⁰.

Les droits de la défense et les garanties procédurales devaient de ce fait jouer un rôle essentiel dans la pacification des relations au sein de la construction communautaire. Ils devaient notamment participer de l'acceptation de la Commission et de ses pouvoirs de sanction par les acteurs économiques puisqu'ils étaient assurés de leur contrôle à l'aune d'un principe aussi significatif. Néanmoins, une partie de la doctrine s'interroge sur son caractère opératoire : si les droits de la défense constituent un principe essentiel du droit communautaire, certains considèrent qu'« il semble qu'il y ait un décalage entre la théorie et la pratique »¹⁰¹ du fait d'une mise en œuvre difficile par les justiciables. Nos tendances chiffrées révèlent en fait une réalité plus subtile.

592. De 1950 à 2003, les droits de la défense et les garanties procédurales témoignent d'une empreinte importante avec 459 affaires dans lesquelles ils sont évoqués. En outre, et peut-être surtout, avec 157 arrêts bien fondés, soit 34% de l'ensemble de ces affaires, ils atteignent le [meilleur taux de réussite jusqu'à présent constaté](#) dans notre étude pour cette période¹⁰². Ce taux est d'autant plus significatif qu'il découle surtout des recours en annulation. En effet, ces recours constituent, pour la première fois, la très grande majorité des affaires réglées à propos d'un même droit fondamental : 350 références, c'est-à-dire plus des 3/4. Certes, cet élément pourrait plutôt asseoir l'argument contraire puisque, comme les taux de réussite ne comprennent pas les résultats des renvois préjudiciels, par nature, inconnus et comme le nombre de renvois préjudiciels est ici particulièrement faible, la part des recours bien fondés doit être relativisée pour les droits de la défense de manière à comparer des choses comparables.

⁹⁷ Voir sur ce point L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., § 657, pp. 515-516.

⁹⁸ Pour la première utilisation implicite des droits de la défense, voir CJCE, 22 mars 1961, *Société nouvelle des usines de Pontlieue - Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) c/ Haute Autorité*, aff. jointes 42 et 49/59, *Rec.*, p. 103, p. 156. Et pour la première référence expresse, se référer à CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission*, aff. 85/76, *Rec.*, p. 461, pt 9.

⁹⁹ Voir les affaires citées en note précédente.

¹⁰⁰ Voir not. TPICE, 2 arrêts du 29 juin 1995, *Solvay SA c/ Commission*, aff. T-30/91, *Rec.*, p. II-1775, pts 81 à 86 ; et *Imperial Chemical Industries plc (ICI) c/ Commission*, aff. T-36/91, *Rec.*, p. II-1847, pts 91 à 96.

¹⁰¹ L. IDOT, « Les droits de la défense » in F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., pp. 213-251, § 7, p. 219.

¹⁰² Les taux correspondants successifs étaient de 23%, 28%, 22%, et 22%.

Pourtant, le taux de réussite des recours en annulation, concernant aussi les droits de la défense, témoigne d'une certaine efficience de ces droits. Ce taux atteint en fait 35% (124 de 350) et constitue le meilleur taux pour l'instant recensé. Il est vrai que la part des rejets pour irrecevabilité est la plus faible, avec 18% (64 de 350), même si elle ne diminue pas sensiblement¹⁰³ certainement en raison des circonstances dans lesquelles les droits de la défense sont invoqués. En effet, nous pouvons considérer que ces droits sont mis en avant pour répondre à une sanction, et que le recours le plus adéquat dans cette hypothèse constitue certainement le recours en annulation lorsque le recours contre une sanction n'est pas ouvert. **Aussi le recours en annulation est-il le plus important et la recevabilité n'y constitue qu'un obstacle réduit, du fait que les requérants sont indéniablement individuellement concernés par la sanction dont ils font l'objet.** Comme le taux de réussite du recours contre une sanction de 51% (37 sur 72) en la matière n'est pas le plus élevé¹⁰⁴, on pourrait considérer que l'argument « droits de la défense » n'est pas forcément plus efficace, mais est utilisé dans des circonstances plus favorables aux requérants en annulation. Nous soulignons néanmoins que le fait qu'un droit fondamental soit utilisé à propos ne doit pas conduire à en relativiser la portée. Au contraire, cela témoigne de la bonne réception par les justiciables du droit et de ses nuances communautaires.

593. De 1996 à 2003, l'appréhension des droits de la défense et des garanties procédurales en fonction de la qualité du requérant confirme d'ailleurs que **les principaux justiciables en la matière – les sociétés ou personnes morales – semblent se référer plutôt pertinemment à ces droits.** Le taux d'invocation dans la requête des droits de la défense par les sociétés diminue effectivement de moins de 10 points entre les recours réglés et les recours bien fondés : on trouve respectivement 43% (119 sur 278) et 35% (37 sur 106). De la même manière, nous retrouvons l'un des meilleurs taux de réussite, si ce n'est le meilleur, avec 31% (37 sur 119) **À l'inverse, ce n'est pas le cas pour les individus** dont les taux d'invocation dans la requête sont divisés par 3 (respectivement 6% de 278 et 2% de 106), et dont le taux de réussite dépasse à peine les 11%. Les individus semblent ainsi encore une fois ne pas pouvoir profiter de ces droits fondamentaux. Certes, ils sont moins recevables, parce que plus difficilement individuellement concernés. Néanmoins, nous pouvons envisager le problème autrement et considérer que les individus sont moins impliqués dans la construction communautaire et, de ce fait, lorsqu'ils le sont, ils sont moins habitués à en manier les outils contentieux. La situation n'est donc pas si simple.

594. Conclusion. Au final, si les droits de la défense et les garanties procédurales n'apparaissent pas être des droits plus particulièrement efficaces que les autres, nous ne pouvons nier leur importance pratique, au moins pour les sociétés.

¹⁰³ Les taux de rejet pour irrecevabilité des recours en annulation atteignent en effet 20% (71 sur 360) pour la proportionnalité, 22% (66 sur 301) pour la sécurité juridique, 24% (78 sur 327) pour la confiance légitime, et 23% (45 sur 196) pour le principe d'égalité et de non-discrimination.

¹⁰⁴ Les taux de réussite des recours contre une sanction s'élèvent en effet à 60% (24 sur 40) pour la proportionnalité, 50% (8 sur 16) pour la sécurité juridique, 62% (13 sur 21) pour la confiance légitime, et 41% (9 sur 22) pour le principe d'égalité et de non-discrimination.

20.a - Les droits de la défense et les garanties procédurales au sein des recours de 1950 à 2003							
	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>bien-fondé</i>	124	-	10	0	11	37	157
<i>rejet sur le fond</i>	235	-	42	13	2	31	288
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	64	1	23	13	1	2	100
<i>autres</i>	12	0	1	2	0	0	15
<i>Ensemble</i>	350	34	58	16	14	72	459

20.b.1 - Les droits de la défense et les garanties procédurales au sein des recours directs selon la qualité du requérant de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	4	6	9	14
<i>États membres</i>	12	1	13	18
<i>sociétés ou personnes morales</i>	119	79	130	201
<i>individus</i>	18	4	6	25
<i>fonctionnaires</i>	18	5	12	21
<i>Ensemble</i>	171	95	169	278

20.b.2 - Les droits de la défense et les garanties procédurales selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	1	5	6	10
<i>États membres</i>	6	0	7	10
<i>sociétés ou personnes morales</i>	37	38	58	74
<i>individus</i>	2	3	2	5
<i>fonctionnaires</i>	6	2	5	7
<i>Ensemble</i>	52	48	78	106

595. En définitive, les droits majoritairement invoqués au sein du contentieux communautaire sont systématiquement beaucoup plus présents et efficaces vis-à-vis des sociétés ou personnes morales qu'envers les individus. Le sentiment que la protection des droits fondamentaux communautaires serait lacunaire provient en fait certainement de cette réalité. Alors que le juriste est habitué à lire les noms des justiciables dans son ordre juridique, il n'en trouve que trop rarement trace lorsqu'il s'intéresse à la question des droits fondamentaux communautaires. Intuitivement, la critique se profile alors. Pourtant, la construction communautaire n'ambitionnait de construire qu'un marché et pas un État. Dès lors, les bénéficiaires du droit communautaire et des droits fondamentaux qu'il porte devaient être concernés par le marché. Et dans ce cadre, la protection des droits fondamentaux identifiés n'est pas si déficiente, au contraire.

Les agents économiques ont toutefois fait face à l'approfondissement du *traité de Maastricht*. Les travailleurs sont devenus des citoyens communautaires. Cette nouvelle qualité révélait que la construction communautaire élargissait son emprise sur l'individu et, par là, lui reconnaissait de nouveaux droits protecteurs. Ce phénomène était toutefois déjà en germe dans la jurisprudence de la Cour de justice confrontée depuis longtemps à d'autres droits fondamentaux d'inspiration non économique.

§2. Les droits qualitativement révélateurs

596. À mesure du déploiement des effets du droit communautaire, les droits fondamentaux se sont enrichis. Sont alors apparus différents droits débarrassés des logiques économiques, relevant par exemple de la catégorie des droits civils et politiques, comme le droit à la protection de la vie privée. Ils étaient en tout cas beaucoup plus susceptibles d'intéresser les individus. S'ils sont restés numériquement mineurs, ils apparaissent ainsi révélateurs de l'approfondissement qualitatif de la garantie des droits fondamentaux communautaires.

597. Les droits quantitativement minoritaires ne résultent toutefois pas uniquement de cette logique politique. Ils ne peuvent totalement s'affranchir du contexte communautaire. Certains témoignent d'ailleurs de sa prédominance persistante, comme le libre exercice de l'activité économique. De toute façon, le rééquilibrage nécessaire ne devait pas avoir pour conséquence d'empêcher la reconnaissance de droits économiques, alors même que la CESDH tend à étendre sa compétence sur de tels droits¹⁰⁵, et que certains droits classiques se révèlent déterminants économiquement, comme le droit de propriété¹⁰⁶. Ces droits minoritaires témoignent, dès lors, d'une évolution vers une logique politique plus profonde, sans pour autant renier les fondements essentiellement économiques. Ils méritent néanmoins d'être envisagés individuellement, de manière à en saisir la portée pratique pour les individus. Seront ainsi successivement envisagés le droit à un recours juridictionnel (A), le droit de propriété (B), le libre exercice de l'activité

¹⁰⁵ Voir *supra*, § 505.

¹⁰⁶ Voir à ce sujet G. ALBERTON, « Le droit de propriété dans la jurisprudence communautaire » in F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 339-398, spéc. pp. 339-340.

économique (C), l'inviolabilité du domicile (D), le droit à la vie privée (E), la liberté d'expression (F), la liberté syndicale (G) et, enfin, la liberté d'association (H).

A. Le droit à un recours juridictionnel

598. Le droit à un recours juridictionnel découle, au fond, du même refus de l'arbitraire que pour les droits de la défense et les garanties procédurales. Afin que ces derniers puissent exister, il est en effet nécessaire que l'individu accède, en tout premier lieu, à une autorité indépendante et impartiale, habilitée à trancher le conflit : le juge.

Puisque la juridiction communautaire s'était très tôt inspirée du principe des droits de la défense, il était cohérent qu'elle fasse de même avec le droit au recours, en considérant qu'« une disposition instituant des garanties juridictionnelles ne saurait être interprétée de façon restrictive au détriment du justiciable »¹⁰⁷. Cependant, et comme nous l'avons déjà souligné¹⁰⁸, le droit à un recours juridictionnel n'est vraiment proclamé qu'à partir de 1986¹⁰⁹, en outre uniquement à propos des juridictions nationales, et ne sera étendu vis-à-vis des juridictions communautaires du Kirchberg que vers la fin des années 1990¹¹⁰. Par ailleurs, il ne peut pas permettre à la Cour de justice d'outrepasser le texte posant une recevabilité limitée des recours intentés par les particuliers et spécialement du recours en annulation. Aussi, s'il constitue « un principe consubstantiel à l'ordre juridique communautaire »¹¹¹, il n'est pas devenu l'un des moyens principalement invoqués par les requérants. Il n'en demeure pas moins qu'il se révèle plus efficace que l'intuition pourrait le laisser croire.

599. De 1950 à 2003, sont recensées 143 affaires réglées dans lesquelles le droit à un recours (ou à un recours juridictionnel, ou à un recours effectif) a été concerné. Leur taux de réussite atteint un niveau tout à fait honorable avec 25% (36 de 143). Certes et de nouveau, le fait que la majorité des affaires aient été des recours en annulation à 70% (99 de 143) peut conduire à relativiser l'appréciation. Pourtant, le nombre de renvois préjudiciels n'est pas aussi minimal que pour les droits de la défense et les garanties procédurales puisqu'il atteint 24% des affaires (34 sur 143), contre 7% (34 de 459) dans l'hypothèse précédente. En outre, nous remarquons que le taux de rejet pour irrecevabilité est le plus fort rencontré jusqu'ici¹¹² : ces 30% (39 sur 143) dont la plupart

¹⁰⁷ CJCE, 16 décembre 1960, *Jean-E. Humblet c/ État belge*, aff. 6/60, *Rec.*, p. 1125, p. 1150.

¹⁰⁸ Voir *supra*, §§ 184 et s.

¹⁰⁹ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, *Rec.*, p. 1651, pt 19.

¹¹⁰ Voir spéc. TPICE, 17 juillet 1998, *ITT Promedia NV c/ Commission*, aff. T-111/96, *Rec.*, p. II-2937, pt 60 ; et CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH c/ Commission*, aff. C-185/95 P, *Rec.*, p. I-8417, pts 18 à 22.

¹¹¹ P. LÉGER, « Le droit à un recours juridictionnel effectif » in F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 199-212, p. 201.

¹¹² Les taux de rejet pour irrecevabilité atteignent en effet 11% (92 sur 807) pour la proportionnalité, 13% (84 sur 624) pour la sécurité juridique, 20% (108 sur 567) pour la confiance légitime, 10% (63 sur 618) pour le principe d'égalité et de non-discrimination, et 22% (100 sur 459) pour les droits de la défense et les garanties procédurales.

concernent le recours en annulation correspondent en fait certainement aux affaires dans lesquelles les particuliers tentent de faire assouplir la recevabilité des recours à leur bénéfice sur le fondement de ce droit fondamental. Enfin, et peut-être surtout, les taux d'obtention au sein de chaque recours témoignent que les affaires évoquant aussi le droit à un recours aboutissent mieux qu'en général : on a 30% (29 sur 99) contre 27% pour le recours en annulation en général, 25% (2 sur 8) contre 19% pour le recours en responsabilité en général, ou encore 100% contre 90% pour le recours en manquement en général. En somme, **le droit à un recours juridictionnel apparaît être un droit particulièrement efficace à partir du moment où celui qui l'invoque est recevable à intenter son recours.**

600. Les données concernant la période de 1996 à 2003 tendent d'ailleurs à confirmer cette tendance. Il est vrai que, avec 32% (20 sur 63), le taux global de réussite des affaires réglées ne figure pas parmi les plus élevés¹¹³. Néanmoins, une approche analytique révèle que la situation diverge complètement selon la qualité du requérant. En effet, si aucun des 2 recours intentés par les individus concernant aussi le droit au recours n'est bien fondé, **les recours des sociétés ou personnes morales connaissent un taux de réussite exceptionnel de 45% (9 sur 20)**, soit presque le double de certains taux de réussite correspondants à propos d'autres droits fondamentaux¹¹⁴. Les sociétés sembleraient ainsi d'autant plus perspicaces dans le maniement de leur droit au recours que les affaires visées dans l'index qui, vu la répartition des nombres et vu leur total, correspondent vraisemblablement à d'autres affaires que celles référencées pour la requête, n'aboutissent que dans 15% des cas (3 sur 20). La variabilité des références entre la requête et l'index est toutefois étonnante. Elle pourrait d'ailleurs conduire à considérer que le taux de réussite des affaires introduites par les sociétés ou personnes morales ne découle pas du droit au recours, mais d'autres éléments de la requête. Au regard du contexte général précédemment dégagé, plutôt favorable au droit au recours, nous proposons cependant d'interpréter ces données, comme témoignant de l'importance du droit au recours pour les sociétés.

601. Conclusion. Finalement, le droit au recours révèle une réalité duale : s'il est efficace, il bénéficie essentiellement aux sociétés ou personnes morales. Il témoigne ainsi de la prégnance du contexte communautaire au détriment des individus-citoyens.

¹¹³ Les taux de réussite des recours réglés entre 1996 et 2003 s'élèvent en effet à 38% (120 sur 319) pour la proportionnalité, 39% (102 sur 264) pour la sécurité juridique, 24% (68 sur 287) pour la confiance légitime, 38% (83 sur 220) pour le principe d'égalité et de non-discrimination, et 38% (106 sur 278) pour les droits de la défense et les garanties procédurales.

¹¹⁴ Les taux de réussite des recours réglés entre 1996 et 2003 et intentés par les sociétés ou personnes morales s'élèvent en effet à 30% (147 sur 159) pour la proportionnalité, 23% (19 sur 84) pour la sécurité juridique, 22% (27 sur 124) pour la confiance légitime, 28% (18 sur 66) pour le principe d'égalité et de non-discrimination, et 31% (37 sur 119) pour les droits de la défense et les garanties procédurales.

21.a - Le droit à un recours juridictionnel au sein des recours de 1950 à 2003							
	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>bien-fondé</i>	29	-	2	2	4	0	36
<i>rejet sur le fond</i>	46	-	5	1	1	0	48
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	34	0	2	5	1	0	39
<i>autres</i>	10	0	0	3	0	0	12
<i>Ensemble</i>	99	34	8	8	4	0	143

21.b.1 - Le droit à un recours juridictionnel selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	0	4	7	8
<i>États membres</i>	0	0	0	0
<i>sociétés ou personnes morales</i>	20	8	20	47
<i>individus</i>	2	2	1	5
<i>fonctionnaires</i>	0	3	0	3
<i>Ensemble</i>	22	17	28	63

21.b.2 - Le droit à un recours juridictionnel selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	0	3	4	5
<i>États membres</i>	0	0	0	0
<i>sociétés ou personnes morales</i>	9	1	3	15
<i>individus</i>	0	0	0	0
<i>fonctionnaires</i>	0	0	0	0
<i>Ensemble</i>	9	4	7	20

B. Le droit de propriété

602. Le droit de propriété permet à chacun d'acquérir, de jouir et de disposer de choses, lui permettant, au fond, de contrôler l'environnement direct dans lequel il entend mener son existence et selon la manière qu'il désire. Le droit de propriété est en cela d'obédience profondément libérale.

Si l'article 222 CEE, devenu 295 CE, dispose que le traité CE « ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres », le droit communautaire ne pouvait ignorer un droit qui en conditionne certains grands principes. Spécialement, il semble difficile de concevoir la libre circulation des capitaux sans postuler que le propriétaire est libre de faire circuler les capitaux parce qu'il en dispose... En outre, l'activité communautaire devait avoir des répercussions directes sur la propriété de certains citoyens. Notamment, les quotas influent directement sur l'exercice du droit de propriété, en ce qu'ils peuvent empêcher la culture d'une vigne ou rendre une terre inutilisable. L'hypothèse devait d'ailleurs conduire la Cour à confirmer l'existence du droit de propriété en droit communautaire¹¹⁵, en tant que droit fondamental communautaire¹¹⁶. La construction communautaire ne pouvait toutefois s'affranchir du principe posé par l'article 295 CE précité. De ce fait, **le droit de propriété demeure un droit circonscrit et peu opérationnel**, comme le confirment nos tendances chiffrées.

603. D'une part, de 1950 à 2003, seules 111 affaires réglées ont pu porter sur le droit de propriété, dont seulement 14% (15 de 111) ont abouti. Ce faible taux ne s'explique pas uniquement par l'importance des renvois préjudiciels qui atteignent 50% (56 de 111), certainement du fait que le droit de propriété communautaire est surtout important en considération de son existence au sein des ordres juridiques nationaux. En effet, si les recours en manquement ont été bien fondés dans tous les cas, les taux de réussite des autres recours sont plutôt faibles : certes, le taux relatif au recours en annulation est stable avec 28% (contre 27% en général), mais le taux concernant le recours en responsabilité est carrément nul.

604. D'autre part, de 1996 à 2003, le taux de réussite des recours est l'un des plus bas rencontré : il n'atteint que 26% (10 sur 38). La répartition est en outre particulièrement inégale. D'un côté, le recours intenté par les institutions et le recours introduit par les États aboutissent, ce qui engendre un taux de réussite de 100%. De l'autre, aucun des recours des individus n'est bien fondé, d'où un taux de 0%. Enfin, les recours des sociétés connaissent un taux d'obtention bien faible avec 22% (5 sur 23).

605. Conclusion. Le droit de propriété n'apparaît donc pas propice aux particuliers. Si son invocation n'est pas forcément inutile en raison du bien-fondé des recours intentés par les requérants institutionnels, il ne constitue pas un moyen efficient

¹¹⁵ Voir CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c/ Commission*, aff. 4/73, *Rec.*, p. 491, pt 14 ; et plus spécifiquement CJCE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz*, aff. 44/79, *Rec.*, p. 3727, pt 17.

¹¹⁶ CJCE, 19 juin 1980, *Vittorio Testa, Salvino Maggio et Carmine Vitale c/ Bundesanstalt für Arbeit*, aff. jointes 41, 121 et 796/79, *Rec.*, p. 1979, pt 18.

d'obtenir son recours, surtout à l'endroit des individus. Finalement, le droit de propriété communautaire ne peut être compris qu'en considération de son contexte empêchant par principe que le droit communautaire puisse s'y intéresser de trop près.

22.a - Le droit de propriété au sein des recours de 1950 à 2003							
	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>bien-fondé</i>	11	-	0	0	4	1	15
<i>rejet sur le fond</i>	19	-	13	0	0	0	31
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	12	2	2	0	0	0	15
<i>autres</i>	3	1	1	0	0	0	5
<i>Ensemble</i>	40	56	15	0	4	1	111

22.b.1 - Le droit de propriété selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	1	0	0	1
<i>États membres</i>	1	2	3	3
<i>sociétés ou personnes morales</i>	23	5	9	30
<i>individus</i>	4	2	3	4
<i>fonctionnaires</i>	0	0	0	0
<i>Ensemble</i>	29	9	15	38

22.b.2 - Le droit de propriété selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	1	0	0	1
<i>États membres</i>	1	1	1	1
<i>sociétés ou personnes morales</i>	5	2	3	8
<i>individus</i>	0	0	0	0
<i>fonctionnaires</i>	0	0	0	0
<i>Ensemble</i>	7	3	4	10

C. Le libre exercice de l'activité économique

606. Le libre exercice de l'activité économique découle directement de la logique libérale tendant à promouvoir le marché. Il s'agit en fait de permettre à chacun d'utiliser son patrimoine aux fins économiques qu'il entend. Ce qui peut finalement être comparé à la liberté d'entreprendre doit donc être compris comme un corollaire du droit de propriété.

La Cour de justice a d'ailleurs reconnu le « libre exercice du commerce, du travail et d'autres activités professionnelles » en même temps que le droit de propriété¹¹⁷. Si le libre exercice de l'activité économique semble essentiel au regard des premiers objectifs de la construction communautaire, il n'en devient pour autant pas un droit absolu. Au contraire, il est possible d'en organiser l'exercice par l'instauration de quotas variables selon les circonstances conjoncturelles¹¹⁸, ou d'y apporter toutes les limitations « justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et dans la mesure où celles-ci ne portent pas atteinte à la substance de ce droit »¹¹⁹. Par ailleurs, émanant d'un droit de propriété d'une faible ampleur au sein du contentieux communautaire, il était difficile qu'il puisse acquérir une large emprise, comme en témoignent d'ailleurs nos tendances chiffrées.

607. De 1950 à 2003, le libre exercice de l'activité économique ne représente que 57 affaires réglées, soit pratiquement moitié moindre que les affaires relatives au droit de propriété. Le taux de réussite de ces affaires se révèle en outre encore plus bas puisqu'il n'atteint que 9% (5 sur 57). Il est vrai que le nombre de renvois préjudiciels est encore majoritaire avec 50% (28 sur 57). Néanmoins, et de nouveau, ce phénomène se combine avec des taux de réussite par recours réduits. D'abord, le taux de recours en annulation bien fondés est de 15% (3 sur 20), soit presque la moitié du taux habituellement constatable de 27%. Ensuite, le taux correspondant relatif aux recours en responsabilité demeure minimal avec 9% (1 sur 11). Enfin, si tous les recours en manquement ont été bien fondés, nous devons souligner qu'il n'y avait qu'un seul recours ; du coup, le taux maximal de 100% n'est pas en mesure de compenser les taux préalablement constatés. Aussi le libre exercice de l'activité économique apparaît-il décevant au regard des attentes qu'on pouvait formuler à son encontre du fait de sa connexion avec la matière communautaire.

608. Les résultats sont encore plus décevants pour la période de 1996 à 2003. En effet, sur les 24 affaires référencées, uniquement 4 sont bien fondées, soit 17%.

¹¹⁷ CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c/ Commission*, aff. 4/73, *Rec.*, p. 491, pt 14. Voir également CJCE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz*, aff. 44/79, *Rec.*, p. 3727, pt 7.

¹¹⁸ CJCE, 27 septembre 1979, *SpA Eridania - Zuccherifici nazionali et SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri c/ Ministre de l'agriculture et des forêts, Ministre de l'industrie, du commerce et de l'artisanat et SpA Zuccherifici meridionali*, aff. 230/78, *Rec.*, p. 2749, pts 20 à 22.

¹¹⁹ CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c/ Commission*, aff. 4/73, *Rec.*, p. 491, pt 14. Voir également CJCE, 8 octobre 1986, *Ministère public de Fribourg c/ Franz Keller*, aff. 234/85, *Rec.*, p. 2897, pt 8.

Ce taux est ainsi le plus faible rencontré jusqu'à présent. Par ailleurs, les seuls requérants qui invoquent le libre exercice de l'activité économique, ou la liberté d'entreprendre, sont des sociétés ou des personnes morales. En outre, ces références ne semblent pas fort utiles puisqu'une simple affaire aboutit, ce qui correspond à un taux de réussite de 10% (1 sur 10). Une fois encore, ce taux de réussite est le plus bas constaté à ce sujet.

609. Conclusion. En somme, la plupart du temps, la liberté d'entreprendre ne se révèle pas opportune, ce qui explique certainement pourquoi les individus paraissent la délaisser complètement.

23.a - Le libre exercice de l'activité économique au sein des recours de 1950 à 2003							
	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>bien-fondé</i>	3	-	1	0	1	0	5
<i>rejet sur le fond</i>	13	-	9	0	0	0	21
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	1	1	1	0	0	0	3
<i>autres</i>	2	1	0	1	0	0	4
<i>Ensemble</i>	20	28	11	1	1	0	57

23.b.1 - Le libre exercice de l'activité économique selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	0	0	0	0
<i>États membres</i>	0	0	3	3
<i>sociétés ou personnes morales</i>	10	0	9	19
<i>individus</i>	0	0	2	2
<i>fonctionnaires</i>	0	0	0	0
<i>Ensemble</i>	10	0	14	24

23.b.2 - Le libre exercice de l'activité économique selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	0	0	0	0
<i>États membres</i>	0	0	2	2
<i>sociétés ou personnes morales</i>	1	0	1	2
<i>individus</i>	0	0	0	0
<i>fonctionnaires</i>	0	0	0	0
<i>Ensemble</i>	1	0	3	4

D. L'inviolabilité du domicile

610. L'inviolabilité du domicile est au carrefour du droit de propriété et du droit à la protection de la vie privée en ce que, matériellement, la propriété facilite l'identification du lieu d'expression de la vie privée que constitue par principe le domicile¹²⁰.

La Commission disposant de pouvoirs d'enquête lui permettant de procéder à des perquisitions, la Cour de justice devait être confrontée à la question de leur contrôle. La difficulté tenait en fait aux particularités du contexte puisque les perquisitions ne pouvaient avoir lieu qu'à l'encontre de sociétés ou personnes morales. Il s'agissait donc uniquement de locaux professionnels dont la protection en tant que « domicile » des personnes morales était loin d'être évidente. La Cour leur reconnut toutefois un statut protecteur, par le biais d'un PGDC justifiant son contrôle¹²¹. Au terme d'un dialogue des juges fructueux, la CJCE fera cependant évoluer sa conception afin de l'harmoniser avec la solution retenue par la CEDH¹²². Désormais, la protection des locaux professionnels des personnes morales relève du même fondement que le domicile des personnes physiques¹²³ : le droit fondamental à l'inviolabilité du domicile. Finalement, ce droit au départ spécifique aux individus aura été adapté au bénéfice des sociétés. D'ailleurs, d'après nos tendances chiffrées, seules ces dernières l'utilisent vraiment.

611. En premier lieu, de 1950 à 2003, nous constatons que le droit à l'inviolabilité du domicile trouve une expression fortement minimale puisque seules 5 affaires réglées sont référencées. Il est vrai que nous avons pu vérifier que cette liste n'était pas fiable, dans la mesure où certaines affaires dont nous étions sûre, par ailleurs, qu'elles concernaient l'inviolabilité du domicile, n'y figurent pas¹²⁴. Nous n'avons cependant pas souhaité modifier les tendances chiffrées au regard de ces informations extérieures de manière à conserver des tendances comparables aux autres.

Sur ces 5 affaires, la totalité sont des recours en annulation, dont 2 sont combinés avec des recours contre une sanction. Il est alors plus que probable que ces deux recours ont été introduits par des particuliers. Par ailleurs, nous notons un niveau de réussite médiocre puisqu'il est le plus faible constaté jusqu'ici, avec un taux de 20%.

¹²⁰ Qu'il nous soit permis de renvoyer le lecteur à notre contribution sur « L'inviolabilité du domicile "privé" dans la décision n° 2004-492 DC du Conseil constitutionnel français : Mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la "théorie des sphères" », *CDE*, 2004, n°s 1-2, pp. 157-195, § 2, pp. 158-159.

¹²¹ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c/ Commission*, aff. jointes 46/87 et 277/88, *Rec.* p. 2859, pts 17 à 19 ; et 2 arrêts du 17 octobre 1989, *Dow Benelux NV c/ Commission*, aff. 85/87, *Rec.*, p. 3137, pts 28 à 30, et *Dow Chemical Ibérica SA et autres c/ Commission*, aff. jointes 97 à 99/87, *Rec.*, p. 3165, pts 14 à 16.

¹²² Voir en particulier CEDH, 30 mars 1989, *Chappell c/ Royaume-Uni*, req. n° 10461/83, Série A, n° 152-A ; 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, req. n° 13710/88, série A n° 251-B, § 22 et 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c/ France*, req. n° 37971/97, *Rec.* 2002-III, §§ 26 et 27. Pour une synthèse, voir *infra*, §§ 701-705 et 717.

¹²³ CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères SA c/ Commission*, aff. C-94/00, *Rec.*, p. I-9011, § 29.

¹²⁴ Il s'agit des arrêts suivants : CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères SA c/ Commission*, *ibid.* ; et TPICE, 3 arrêts du 11 décembre 2003, *Ventouris c/ Commission*, aff. T-59/99, *Rec.*, p. II-5257 ; *Strintzis Lines Shipping c/ Commission*, aff. T-65/99, *Rec.*, p. II-5433 et *Minoan Lines c/ Commission*, aff. T-66/99, *Rec.*, p. II-5515.

612. Les tendances de 1996 à 2003 ne font, en second lieu, que confirmer l'insignifiance numérique de l'inviolabilité du domicile. Une seule affaire est visée, ce qui représente bien peu, même si elle est bien fondée¹²⁵. Ainsi aucune affaire n'est-elle introduite par les individus, ce qui semble finalement cohérent puisque les institutions ne disposent pas de moyen de perquisition à l'endroit des citoyens.

613. Conclusion. En définitive, l'inviolabilité du domicile ne constitue pas un moyen au bénéfice des individus même si, sur le plan des principes, elle a permis à la juridiction communautaire de montrer qu'elle était prête à assumer la protection des droits fondamentaux communautaires des individus.

24.a - L'inviolabilité du domicile au sein des recours de 1950 à 2003							
	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>bien-fondé</i>	1	-	0	0	0	1	2
<i>rejet sur le fond</i>	5	-	0	0	0	1	5
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	0	0	0	0	0	0	0
<i>autres</i>	0	0	0	0	0	0	0
<i>Ensemble</i>	5	0	0	0	0	2	5

24.b.1 - L'inviolabilité du domicile selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003				
24.b.2 - L'inviolabilité du domicile selon la qualité du requérant au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	0	0	0	0
<i>États membres</i>	0	0	0	0
<i>sociétés ou personnes morales</i>	1	1	1	1
<i>individus</i>	0	0	0	0
<i>fonctionnaires</i>	0	0	0	0
<i>Ensemble</i>	1	1	1	1

¹²⁵ Il s'agit en fait de : CJCE, 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) (C-238/99 P)*, *DSM NV et DSM Kunststoffen BV (C-244/99 P)*, *Montedison SpA (C-245/99 P)*, *Elf Atochem SA (C-247/99 P)*, *Degussa AG (C-250/99 P)*, *Enichem SpA (C-251/99 P)*, *Wacker-Chemie GmbH et Hoechst AG (C-252/99 P)* et *Imperial Chemical Industries plc (ICI) (C-254/99 P) contre Commission*, aff. jointes C-238, 244, 245, 247, 250 à 252 et 254/99 P, *Rec.*, p. I-8375.

E. Le droit au respect de la vie privée

614. Le droit au respect de la vie privée repose sur la tolérance vis-à-vis de l'individualité de chacun et de sa capacité à être soi, à être différent. Le droit au respect de la vie privée emporte donc le droit de ne pas être dérangé, troublé ou inquiété, ni chez soi, ni au sein de sa sphère d'intimité, qu'elle soit géographique – la chambre – ou matérielle – le courrier –. La vie privée est ainsi définie sur plusieurs plans : l'intimité, la sexualité, l'amitié, mais également la famille.

L'inviolabilité du domicile émanant du respect de la vie privée et familiale, comme l'entend d'ailleurs l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, il semblait logique qu'à partir du moment où la Cour de justice reconnaissait la première, elle serait sensible au second. Néanmoins, dans la mesure où la Commission ne dispose pas de moyens de sanction vis-à-vis des citoyens en tant que tels, la Cour de justice ne devait avoir l'occasion de consacrer le droit communautaire au respect de la vie privée, strictement entendu, que plus tard. Certes, elle fut confrontée à la question de l'application de l'article 8 de la CESDH, relatif à ce droit, dès 1980¹²⁶. Cependant, le litige concernait l'exercice des pouvoirs de vérification de la Commission en matière de concurrence¹²⁷, c'est-à-dire à l'encontre d'une personne morale. Or, vu le refus ultérieur de la Cour d'assimiler les droits des personnes morales aux droits des personnes physiques¹²⁸, d'ailleurs déjà perceptible dans la réserve des propos formulés par la Cour dans cette affaire *National Panasonic*¹²⁹, le *Répertoire de jurisprudence* ne considère le droit à la vie privée comme pleinement reconnu en droit communautaire qu'à partir de 1994¹³⁰. Par le biais du contentieux de la fonction publique, la Cour de justice fut en effet saisie de questions relatives à la vie privée des personnes physiques. Elle proclama ainsi le droit d'une personne de tenir son état de santé secret¹³¹. Elle put également s'intéresser à la vie familiale des fonctionnaires et étendit, de ce fait, le droit au respect de la vie privée au respect de la vie familiale¹³², même si elle refusa d'entrer sur le terrain délicat de la reconnaissance du couple homosexuel en tant que foyer familial¹³³.

¹²⁶ CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic (UK) Limited c/ Commission*, aff. 136/79, *Rec.*, p. 2033, pts 17 à 19.

¹²⁷ Ces pouvoirs de vérification des articles 13 et 14 du règlement n°17/1962 (*JOCE*, n° 13 du 21 février 1962, pp. 204-211), permettaient à la Commission de procéder en fait à des perquisitions. Il en est toujours de même au sein du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 (*JOUE*, n° L 1 du 4 janvier 2003, pp. 1-25) puisque les pouvoirs d'enquête dont dispose la Commission lui permettent de demander des renseignements (article 18), de recueillir des déclarations (article 19), ou d'inspecter des locaux pour y contrôler des documents, les saisir ou en faire des copies (article 20).

¹²⁸ Voir en particulier la jurisprudence précitée CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c/ Commission*, aff. jointes 46/87 et 277/88, *Rec.* p. 2859, pts 17 à 19.

¹²⁹ Au point 19 de l'arrêt *National Panasonic* précité, la Cour énonce en effet à propos de l'article 8 de la CESDH : « pour autant qu'il s'applique à des personnes morales ».

¹³⁰ CJCE, 5 octobre 1994, *X c/ Commission*, aff. C-404/92 P, *Rec.*, p. I-4737, pt 17.

¹³¹ *Id.* Voir également TPICE, 13 juillet 1995, *K c/ Commission*, aff. T-176/94, *Rec.*, p. II-621, pt 31.

¹³² CJCE, 11 juillet 2002, *Mary Carpenter c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-60/00, *Rec.*, p. I-6279, pt 41. Voir également TPICE, 10 novembre 2004, *Eduard Vonier c/ Commission*, aff. T-165/03, *Rec.*, p. II-1575, pt 56.

¹³³ CJCE, 28 janvier 1999, *D c/ Conseil*, aff. T-264/97, *Rec.*, p. II-1, pts 39 à 41.

Au regard des compétences de l'Union et de la Communauté européennes, la Cour de justice ne peut toutefois qu'être rarement interpellée sur la question de la vie privée. La récente (et majeure) affaire sur l'accord signé en 2004 entre l'Union et les États-Unis autorisant le transfert aux autorités américaines des données personnelles des passagers aériens, dans le contexte difficile de l'« après 11 septembre », en constitue d'ailleurs un vif témoignage¹³⁴. Cela ne préjuge cependant en rien d'une quelconque mésestime des membres de la Cour à l'endroit du respect de la vie privée, bien au contraire¹³⁵. Seulement, *la juridiction communautaire n'est pas en mesure de donner au respect de la vie privée une protection d'une envergure autre que résiduelle*, comme le confirment nos tendances chiffrées.

615. De 1950 à 2003, nous n'avons en effet pu identifier que 24 affaires réglées concernant le droit à la vie privée sous ses diverses formes. En outre, seules 4 de ces affaires ont été bien fondées, soit à peine 17%, sachant qu'il ne s'agit que de recours en constatation de manquement. Autrement dit, aucun des recours en annulation et aucun des recours en responsabilité relatifs également à la vie privée n'ont été bien fondé.

616. La période de 1996 à 2003 ne fait que renforcer ce constat, en montrant que les deux seuls recours bien fondés et concernant également la vie privée ont été introduits par les institutions. Il s'agit donc, certainement de la Commission dans le cadre du recours en manquement. Par ailleurs, aucun recours à ce sujet n'a été introduit par les particuliers. Nous retrouvons simplement le vecteur matériel que peut constituer le contentieux de la fonction publique puisque deux recours de fonctionnaires présentent la question du respect de la vie privée. Aucun toutefois n'a abouti, corroborant ainsi la ténuité du lien de la vie privée et de la construction communautaire.

617. Conclusion. En somme, ne relevant pas de la compétence des institutions, le droit au respect de la vie privée n'est invoqué qu'incidemment, notamment à propos des fonctionnaires. Il ne constitue alors pas un droit fondamental communautaire matériellement prégnant et encore moins particulièrement efficace.

¹³⁴ Sa signature fut autorisée par la décision 2004/496/CE du Conseil, du 17 mai 2004, *concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure*, JOUE L 183, p. 83 et rectificatif JOUE 2005, L 255, p. 168. Était de ce fait également en cause la décision de la Commission, du 14 mai 2004, 2004/535/CE *relative au niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenues dans les dossiers des passagers aériens transférés au Bureau des douanes et de la protection des frontières des États-Unis d'Amérique*, JOUE L 235, p. 11. Ces décisions furent toutefois annulées par la CJCE, réunie en grande chambre – formation désormais la plus importante (article 16 du *Statut de la Cour*) – dans son arrêt du 30 mai 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. jointes C-317 et 318/04, *Rec.*, p. I-4721. Si la question de la vie privée était soulevée, elle ne fut pas examinée par la Cour qui devait annuler les décisions dès le premier grief en raison de l'incompétence de l'Union en matière de sécurité publique (voir pts 56 à 61 et 67 à 70).

¹³⁵ Alors que l'ancien avocat général LÉGER avait déjà proposé d'annuler les décisions en cause, il examina, à titre subsidiaire, les autres moyens. En fait, il ne consacra pas moins de 70 paragraphes, et plus d'une douzaine de pages à la question de la protection de la vie privée attestant, par là, des capacités de la construction communautaire à gérer un tel droit fondamental. Se référer à ses conclusions présentées le 22 novembre 2005, sur l'arrêt du 30 mai 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. jointes C-317 et 318/04, *Rec.*, p. I-4721, pts 193-262.

25.a - Le droit à la vie privée au sein des recours de 1950 à 2003							
	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>bien-fondé</i>	0	-	0	0	4	0	4
<i>rejet sur le fond</i>	1	-	6	0	0	0	7
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	2	1	2	0	0	0	5
<i>autres</i>	0	0	0	0	0	0	0
<i>Ensemble</i>	2	11	7	0	4	0	24

25.b.1 - Le droit à la vie privée selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	2	0	0	2
<i>États membres</i>	0	0	0	0
<i>sociétés ou personnes morales</i>	0	0	0	0
<i>individus</i>	0	1	0	1
<i>fonctionnaires</i>	2	1	1	2
<i>Ensemble</i>	4	2	1	5

25.b.2 - Le droit à la vie privée selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	2	0	0	2
<i>États membres</i>	0	0	0	0
<i>sociétés ou personnes morales</i>	0	0	0	0
<i>individus</i>	0	0	0	0
<i>fonctionnaires</i>	0	0	0	0
<i>Ensemble</i>	2	0	0	2

F. La liberté d'expression

618. La liberté d'expression participe du fondement démocratique des sociétés dans lesquelles la diversité d'opinion et le respect des opinions divergentes prédominent : ils permettent l'élaboration de la décision collective. Chacun doit donc pouvoir affirmer et exposer ses opinions librement, en privé ou en public.

Alors que la construction européenne entend s'approprier de plus en plus explicitement un fondement démocratique¹³⁶, il était prévisible que la liberté d'expression apparaisse au nombre des droits fondamentaux communautaires. Certes, « le traité de Rome, à vocation économique, n'a pas pour objectif premier de réglementer la libre circulation des informations et des idées »¹³⁷. Néanmoins, la mise en œuvre du droit communautaire devait révéler que « certaines réglementations économiques ne sont pas indifférentes du point de vue de la liberté d'expression »¹³⁸. Aussi la Cour considère-t-elle, par exemple, que les limitations que les États peuvent apporter à l'encontre de la libre circulation des marchandises et des services en matière de radiodiffusion et de télévision « pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, doivent être appréciées à la lumière du principe général de la liberté d'expression, consacrée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme »¹³⁹. La liberté d'expression n'est cependant pas absolue, car susceptible de limitations¹⁴⁰. Pour autant qu'elle soit **idéologiquement essentielle, la liberté d'expression demeure néanmoins un droit fondamental numériquement secondaire** parce qu'elle est incidemment concernée par la construction communautaire.

619. De 1950 à 2003, nous ne dénombrons ainsi que 23 affaires réglées dans lesquelles la liberté d'expression a été invoquée, dont 17% ont abouti (4 sur 23). Ce taux de réussite ne doit toutefois pas être sous-estimé dans la mesure où les renvois préjudiciels représentent la grande majorité des affaires réglées : 57% (13 sur 23). En effet, les taux de réussite des recours directs apparaissent honorables, bien que le nombre réduit d'affaires nous conduisent à en relativiser la réalité. En fait, l'unique recours en manquement est bien fondé, ainsi qu'1/3 des recours en annulation (3 sur 9).

¹³⁶ Voir par ex. à ce sujet R. TOULEMON, « Pour une Europe démocratique » in *L'Union européenne au-delà d'Amsterdam - Nouveaux concepts d'intégration européenne*, Bruxelles, Presses Interuniversitaires Européennes, 1998, 249 p., pp. 191-206.

¹³⁷ A. MEYER-HEINE, « La liberté d'expression, droit fondamental communautaire » in F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., pp. 295-338, p. 295.

¹³⁸ CJCE, 17 janvier 1984, *Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, et Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB, c/ Commission*, aff. jointes 43 et 63/82, *Rec.*, p. 19, pt 34.

¹³⁹ CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT) et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c/ Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et autres*, aff. C-260/89, *Rec.*, p. I-2925, pt 45.

¹⁴⁰ CJCE, 14 juillet 2000, *Michael Cwik c/ Commission*, aff. T-82/99, *Rec.*, p. II-713, pts 51 et 52. À propos de l'interprétation étroite des limitations, voir CJCE, 6 mars 2001, *Bernard Connolly c/ Commission*, aff. C-274/99 P, *Rec.* p. I-1611, pt 41.

620. De 1996 à 2003, la tendance se confirme avec un taux de réussite des recours directs de 33% (3 sur 9). En outre, les taux de réussite des recours par requérant se révèlent confortables au regard des résultats précédents : ils atteignent 25% pour les sociétés (1 sur 4), et 50% aussi bien pour les individus que pour les États (1 sur 2). Nous pouvons donc supposer que la liberté d'expression semble constituer un argument efficace, même si le nombre limité d'affaires nous conduit à éviter des conclusions trop catégoriques.

621. Conclusion. En définitive, la liberté d'expression apparaît comme un droit important en qualité, bien qu'il soit réduit en quantité dans une organisation politique limitée.

26.a - La liberté d'expression au sein des recours de 1950 à 2003							
	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>bien-fondé</i>	3	-	0	0	1	0	4
<i>rejet sur le fond</i>	3	-	1	0	0	0	3
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	1	1	0	0	0	0	2
<i>autres</i>	2	1	0	0	0	0	3
<i>Ensemble</i>	9	13	1	0	1	0	23

26.b.1 - La liberté d'expression selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	0	0	0	0
<i>États membres</i>	2	0	1	2
<i>sociétés ou personnes morales</i>	4	1	1	5
<i>individus</i>	2	0	0	2
<i>fonctionnaires</i>	0	0	0	0
<i>Ensemble</i>	8	1	2	9

26.b.2 - La liberté d'expression selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	0	0	0	0
<i>États membres</i>	1	0	1	1
<i>sociétés ou personnes morales</i>	1	0	0	1
<i>individus</i>	1	0	0	1
<i>fonctionnaires</i>	0	0	0	0
<i>Ensemble</i>	3	0	1	3

G. La liberté d'association

622. La liberté d'association permet aux individus de se réunir au sein d'un groupe, plus ou moins officialisé, aux fins de discuter et d'organiser des actions de leur choix. Elle constitue donc une manifestation de la liberté d'expression, car elle en concrétise aussi bien le principe que ses implications, comme la liberté de réunion¹⁴¹.

Ayant proclamé la liberté d'expression, le juge communautaire devait par la suite s'intéresser à la liberté d'association. Les occasions de le faire n'ont toutefois pas été nombreuses. La reconnaissance de la liberté d'association devait en fait passer par le vecteur de grands principes communautaires, telle la liberté de circulation. Le juge profita d'une affaire concernant les entraves à la libre circulation des sportifs professionnels pour marquer un point. Il estima en effet que si « le principe de la liberté d'association [...] fait partie des droits fondamentaux qui [...] sont protégés dans l'ordre juridique communautaire », « [o]n ne saurait cependant considérer que des règles susceptibles d'entraver la libre circulation des sportifs professionnels qu'édicte des associations sportives sont nécessaires pour garantir l'exercice de cette liberté par lesdites associations, par les clubs ou par les joueurs, ou qu'elles en constituent une conséquence inéluctable »¹⁴². Le principe de la liberté d'association devait ensuite être repris par des sociétés tentant en vain d'excuser une pratique anticoncurrentielle¹⁴³, ou des députés européens contestant également sans succès le pouvoir d'organisation interne du Parlement lui permettant de subordonner « la constitution d'un groupe de députés en son sein à une exigence d'affinités politiques dictée par la poursuite d'objectifs légitimes »¹⁴⁴. La question n'apparaît cependant que très rarement, au point que les tendances chiffrées se révèlent particulièrement pauvres en la matière.

623. De 1950 à 2003, nous ne relevons en effet que 8 affaires réglées dans lesquelles la liberté d'association est évoquée. En outre, aucune ne fut bien fondée. Certes, la moitié sont des renvois préjudiciels dont nous ne sommes pas en mesure de connaître les résultats. Néanmoins, les recours en annulation connaissent un taux de réussite nul.

624. Aussi ne trouvons-nous aucun recours abouti sur les 4 affaires référencées de 1996 à 2003. Si la liberté d'association était invoquée par des individus dans 2 affaires, elle n'apparaît pas être efficace.

¹⁴¹ À propos de la coordination de liberté d'expression avec les libertés de réunion et d'association, notamment au sein de la CESDH, se référer à L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., § 553, p. 398.

¹⁴² Pour les deux citations, CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c/ Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA c/ Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) c/ Jean-Marc Bosman*, affaire dite *Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.*, p. I-4921, pts 79 et 80.

¹⁴³ CJCE, 8 juillet 1999, *Montecatini SpA c/ Commission*, aff. C-235/92 P, *Rec.*, p. I-4539, pts 137 et 138.

¹⁴⁴ CJCE, 2 octobre 2001, *Jean-Claude Martinez, Charles de Gaulle, Front national et Emma Bonino et autres c/ Parlement*, aff. jointes T-222, 327 et T-329/99, *Rec.*, p. II-2823, pts 231 à 233, pt 233.

625. Conclusion. En somme, la liberté d'association ne constitue pas un droit fondamental communautaire important. Certes, elle est surtout mise en avant pour esquiver les obligations communautaires, tenant à la liberté de circulation ou à la libre concurrence. Toutefois, cela prouve également que la liberté d'association ne trouve naturellement pas à s'appliquer, vu la matière du droit communautaire. La liberté d'association n'en demeure pas moins un symbole substantiel, ne serait-ce que parce qu'elle véhicule la liberté syndicale, élément *a priori* inévitable d'un droit communautaire qui s'intéresse au monde du travail.

27.a - La liberté d'association au sein des recours de 1950 à 2003							
	annulation	renvoi préjudiciel	responsabilité	carence	manquement	sanction	Ensemble
bien-fondé	0	-	0	0	0	0	0
rejet sur le fond	4	-	1	0	0	0	4
rejet pour irrecevabilité	1	0	0	0	0	0	1
autres	0	0	0	0	0	0	0
Ensemble	4	4	1	0	0	0	8

27.b.1 - La liberté d'association selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003				
	Recours avec DLF requête	Recours avec DLF juge rapporteur	Recours avec DLF index	Ensemble
Institutions	0	0	0	0
États membres	0	0	0	0
sociétés ou personnes morales	0	2	2	2
Individus	2	1	1	3
Fonctionnaires	0	0	0	0
Ensemble	2	2	2	4

27.b.2 - La liberté d'association selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003				
	Recours avec DLF requête	Recours avec DLF juge rapporteur	Recours avec DLF index	Ensemble
Institutions	0	0	0	0
États membres	0	0	0	0
sociétés ou personnes morales	0	0	0	0
Individus	0	0	0	0
Fonctionnaires	0	0	0	0
Ensemble	0	0	0	0

H. La liberté syndicale

626. La liberté syndicale constitue l'une des premières protections du travailleur. Celui-ci dispose en effet de la possibilité de défendre ses intérêts en créant et/ou en adhérant à une association dont l'essence repose sur la sauvegarde et l'amélioration des conditions de travail. La liberté syndicale consiste alors en un prolongement de la liberté d'expression et de ses corollaires – liberté de réunion et d'association –.

Développant la libre circulation des travailleurs, la construction communautaire concerne évidemment ce monde du travail. Elle n'emporte toutefois pas une large emprise des institutions sur la réglementation du travail au sein des États membres. Certes, le dialogue social lancé par la Commission en 1985, et qui repose désormais sur l'article 138 CE, a progressé¹⁴⁵. Toutefois, il donne surtout lieu à des textes conférant une large autonomie aux États membres¹⁴⁶. À l'inverse, la liberté syndicale et ses composantes devaient trouver une expression plus importante vis-à-vis des fonctionnaires de l'Union européenne. C'est d'ailleurs dans le cadre du contentieux de la fonction publique que furent reconnus la liberté syndicale¹⁴⁷, ou implicitement le droit de grève¹⁴⁸. La liberté syndicale n'est tout de même pas ignorée dans les autres contentieux. La Cour a pu notamment y faire référence au travers de « l'égalité de traitement en matière d'affiliation aux organisations syndicales et d'exercice des droits syndicaux »¹⁴⁹. La liberté syndicale demeure néanmoins d'une expression fort limitée.

627. De 1950 à 2003, seules 10 affaires réglées concernent en effet cette question, dont 3 ont abouti, c'est-à-dire 30%. Comme aucun recours préjudiciel n'est ici référencé, nous pouvons supposer que la majeure partie des recours en annulation ou en responsabilité est le résultat d'une action de fonctionnaires.

628. D'ailleurs, de 1996 à 2003, sur les 5 recours mentionnés, 3 ont été intentés par des fonctionnaires, les 2 autres résultant d'une invocation par les sociétés. Les individus ne sont ainsi pas concernés par la liberté syndicale du droit communautaire. En outre, cette liberté semble n'être effective qu'à l'endroit des fonctionnaires puisque seuls leurs recours ont été bien fondés. En d'autres termes, la liberté syndicale n'est intéressante que pour les fonctionnaires de l'Union européenne.

629. Conclusion. En définitive, bien qu'elle constitue un élément important d'inspiration de la législation communautaire à propos des relations du travail, la liberté

¹⁴⁵ Voir les synthèses de la législation de l'Union européenne à propos du « dialogue et participation des travailleurs » au sein de « emploi et politique sociale », disponibles, sur Internet : <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/cha/c00010.htm>

¹⁴⁶ Voir à ce sujet L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., § 671, pp. 526-528.

¹⁴⁷ CJCE, 8 octobre 1974, *Syndicat général du personnel des organismes européens c/ Commission*, aff. 18/74, *Rec.*, p. 933, pt 10.

¹⁴⁸ Le juge reconnaît le droit de grève en en appliquant une conséquence largement répandue : la retenue sur salaire ou traitement afférant aux jours de grève. Voir CJCE, 18 mars 1975, *Marie-Louise Acton et autres c/ Commission*, aff. jointes 44, 46 et 49/74, *Rec.*, p. 383, pts 11 à 16.

¹⁴⁹ CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili c/ Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, *Rec.*, p. 1219, pt 31.

syndicale ne trouve pas une expression significative devant le juge communautaire. Il serait d'ailleurs surprenant que les organisations syndicales qui bénéficient et participent au dialogue social promu par la Commission en contestent les modalités...

28.a - La liberté syndicale / le droit de grève au sein des recours de 1950 à 2003							
	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>bien-fondé</i>	1	-	2	0	0	0	3
<i>rejet sur le fond</i>	2	-	1	0	0	0	4
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	3	0	1	0	0	0	4
<i>autres</i>	1	0	0	0	0	0	1
<i>Ensemble</i>	6	0	4	0	0	0	10

28.b.1 - La liberté syndicale / le droit de grève selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>Institutions</i>	0	0	0	0
<i>États membres</i>	0	0	0	0
<i>sociétés ou personnes morales</i>	2	0	0	2
<i>Individus</i>	0	0	0	0
<i>fonctionnaires</i>	3	1	1	3
<i>Ensemble</i>	5	1	1	5

28.b.2 - La liberté syndicale / le droit de grève selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>Institutions</i>	0	0	0	0
<i>États membres</i>	0	0	0	0
<i>sociétés ou personnes morales</i>	0	0	0	0
<i>Individus</i>	0	0	0	0
<i>fonctionnaires</i>	2	0	0	2
<i>Ensemble</i>	2	0	0	2

§3. Synthèse

630. De nombreuses affaires font également référence aux droits et libertés fondamentaux en général. Certaines ne visent toutefois que le concept générique. En fait, sur les 288 affaires référencées, nous pouvons indiquer que 38 ne se réfèrent, d'après leurs mots-clés, qu'au concept générique (soit 13%).

Sur ces 288 affaires réglées de 1950 à 2003, seules 45 ont abouti, soit à peine 16%. Bien qu'il puisse, d'une certaine manière, résulter de la moyenne entre des taux extrêmement variables selon les droits fondamentaux en cause, ce taux de réussite semble assez faible. En effet, la part des renvois préjudiciels, si elle est importante avec 48% (138 sur 288), n'est pas en mesure de déprécier celle des recours en annulation qui atteint tout de même 40% (113 sur 288). En outre, globalement, nous dénombrons pratiquement autant de réussites que de rejets pour irrecevabilité, alors que les rejets sur le fond sont 2 fois plus importants. Aussi le [concept générique des droits fondamentaux n'apparaît pas comme un argument particulièrement vecteur de réussite](#), dans la mesure où la recevabilité ne constitue pas ici l'obstacle majeur. Nous pourrions néanmoins souligner que si les particuliers jouissaient d'une recevabilité plus souple, ils soumettraient à la Cour de justice plus d'affaires et, par ricochet, plus de questions sur leurs droits fondamentaux. En d'autres termes, malgré la faiblesse des nombres, la recevabilité limitée des recours intentés par les particuliers peut constituer un obstacle plus important que la pertinence de l'invocation des droits, en ce que, parce qu'ils ne peuvent pas accéder au juge assez souvent, ils ne sont pas à même de demander la protection de leurs droits lorsque cela serait nécessaire et donc pertinent. L'analyse du devenir des recours contre une sanction dans lesquels le concept générique des droits fondamentaux est invoqué tend d'ailleurs à le confirmer. Effectivement, la part de ces recours gagnés contre une sanction dépasse largement le niveau moyen des 47% de réussite pour les recours contre une sanction en général (86 sur 183 de 1950 à 2003) : nous comptons 8 affaires sur 12, c'est-à-dire 67%. Dans les autres cas cependant, les taux de réussite par type de recours tendent plutôt à être inférieur aux niveaux de réussite en général. Si la part des recours en annulation bien fondés atteint le niveau moyen des 27% déjà envisagé, avec 31 affaires sur 113 (c'est-à-dire 27%), les taux de réussite des recours en responsabilité ou en constatation de manquement sont resserrés : nous comptons respectivement 6% (2 sur 34) contre 19% en général, et 83% (10 sur 12) contre 90% en général. L'invocation du concept générique des droits fondamentaux ne semble ainsi pas particulièrement convaincre un juge qui attend certainement une argumentation plus développée qu'une simple évocation accessoire ou subsidiaire. La situation sur la période de 1996 à 2003 tend d'ailleurs à confirmer ces premières conclusions.

631. De 1996 à 2003, la part des affaires réglées dans lesquelles le concept générique des droits fondamentaux est invoquée augmente : nous dénombrons 23 affaires sur le total de 112, soit 21%. Nous pourrions ainsi, au regard de nos premières constatations, attendre que le taux de réussite des recours directs soit d'autant amenuisé. Or, il atteint tout de même 31% (35 sur 112). Certes, la moyenne des taux de réussite des

recours directs bien fondés pour chaque droit fondamental est supérieure, avec 36%¹⁵⁰. La différence pourrait toutefois être relativisée au regard de sa petitesse. Néanmoins, nous constatons que, si nous retranchons les affaires dans lesquelles seul le concept générique est visé (23 affaires dont 2 bien fondées), nous obtenons un taux de réussite beaucoup plus fort et même légèrement supérieur à la moyenne des 36%, avec 37% (35 - 2 sur 112 - 23 ou 33 sur 89).

Par ailleurs, l'étude du devenir des recours selon la qualité des requérants se révèle ici symptomatique de la situation des requérants en général. Nous retrouvons la scission entre les recours des requérants institutionnels dits « privilégiés », et les recours des particuliers. Les premiers aboutissent très bien avec un taux de 100% pour les institutions (1 sur 1) et un taux de 75% pour les États (3 sur 4). Les seconds sont plus laborieux puisque les recours des sociétés ou personnes morales sont bien fondés que dans 20% des cas (10 sur 49), ceux des individus dans seulement 17% des affaires (1 sur 6). La situation des individus demeure donc toujours aussi minimale par rapport à celle des sociétés. Le taux nul de réussite des recours extraordinaires des fonctionnaires (0 sur 4) témoigne en outre que les particuliers ne pourraient pas forcément mieux faire puisque des requérants qui ne connaissent pas la même difficulté à atteindre la Cour de justice (les fonctionnaires) font moins bien que les particuliers. Cette conclusion doit toutefois être tempérée dans la mesure où elle n'est valable qu'en considération du contexte particulier procédural. En effet, ces données ne peuvent pas rendre compte des potentialités qu'ouvrirait l'extension de la recevabilité des recours intentés par les particuliers.

En somme, l'invocation des droits fondamentaux en général n'apparaît efficace que dans la mesure où elle ne consiste pas en une simple mention accessoire. De toute façon, elle était, dans la plupart des cas, l'invocation d'un ou plusieurs droits fondamentaux en particulier. Aussi cette étude présente-t-elle des allures synthétiques. Elle montre en fait que globalement les droits fondamentaux n'ont pas tendance à faciliter l'obtention des recours. Ce constat ne peut toutefois pas être absolu, dans la mesure où la situation diverge grandement selon les droits en cause.

¹⁵⁰ Les taux de réussite des recours directs bien fondés atteignent en effet 38% (proportionnalité), 39% (sécurité juridique), 24% (confiance légitime), 38% (principe d'égalité et de non-discrimination), 38% (droits de la défense et garanties procédurales), 32% (droit à un recours juridictionnel), 26% (droit de propriété), 17% (libre exercice de l'activité économique), 100% (inviolabilité du domicile), 40% (droit à la vie privée), 33% (liberté d'expression), 0% (liberté syndicale), et enfin 40% (liberté d'association).

29.a - Les droits fondamentaux invoqués en général au sein des recours de 1950 à 2003							
	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>bien-fondé</i>	31	-	2	0	10	8	45
<i>rejet sur le fond</i>	71	-	29	0	2	4	98
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	28	7	9	0	1	0	43
<i>autres</i>	7	1	1	1	0	0	10
<i>Ensemble</i>	113	138	34	1	12	12	288

29.b.1 - Les droits fondamentaux invoqués en général selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	1	0	5	6
<i>États membres</i>	4	2	6	8
<i>sociétés ou personnes morales</i>	49	17	43	84
<i>individus</i>	6	1	6	10
<i>fonctionnaires</i>	4	2	2	5
<i>Ensemble</i>	64	21	612	112

29.b.2 - Les droits fondamentaux invoqués en général selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003				
	<i>Recours avec DLF requête</i>	<i>Recours avec DLF juge rapporteur</i>	<i>Recours avec DLF index</i>	<i>Ensemble</i>
<i>institutions</i>	1	0	5	6
<i>États membres</i>	3	1	3	4
<i>sociétés ou personnes morales</i>	10	7	15	24
<i>individus</i>	1	0	0	1
<i>fonctionnaires</i>	0	0	0	0
<i>Ensemble</i>	15	8	23	35

632. Par surcroît, nous avons pu combiner les tableaux « a » des différentes séries relatives aux droits fondamentaux. Le tableau n° 30.a présente dès lors, pour chaque catégorie, la somme des affaires dans lesquelles l'ensemble des droits fondamentaux sont invoqués. Nous avons toutefois excepté la série n° 29, car trop générique.

Nous avons ensuite élaboré un tableau pour chaque catégorie de droits fondamentaux : d'une part les droits-garanties (droit au recours, droits de la défense, sécurité juridique, confiance légitime et principe de proportionnalité), et d'autre part les droits substantiels. Cette distinction nous permet ainsi de prendre la mesure des premiers, et confirme leur prégnance numérique. En ce sens, la différence de proportion entre le recours préjudiciel et les autres recours témoigne du rôle que pourraient jouer les juridictions nationales pour l'enrichissement des droits fondamentaux communautaires substantiels.

30.a - L'ensemble des droits fondamentaux susvisés au sein des recours de 1950 à 2003							
	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>bien-fondé</i>	512	-	52	3	236	93	834
<i>rejet sur le fond</i>	1080	-	294	15	48	75	1396
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	378	24	90	27	17	7	516
<i>autres</i>	83	4	12	13	1	0	112
<i>Ensemble</i>	1719	1171	390	43	264	174	3456

30.b.1 - L'ensemble des droits-garanties susvisés au sein des recours de 1950 à 2003							
	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>bien-fondé</i>	439	-	38	3	171	82	676
<i>rejet sur le fond</i>	892	-	212	15	43	61	1128
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	313	15	71	27	15	6	423
<i>autres</i>	69	1	9	12	1	0	91
<i>Ensemble</i>	1437	751	283	42	196	149	2600

30.b.2 - % des droits-garanties sur l'ensemble des droits fondamentaux susvisés de 1950 à 2003							
	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>bien-fondé</i>	86%	-	73%	100%	72%	88%	81%
<i>rejet sur le fond</i>	83%	-	72%	100%	90%	81%	81%
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	83%	63%	79%	100%	88%	86%	82%
<i>autres</i>	83%	25%	75%	92%	100%	-	81%
<i>Ensemble</i>	84%	64%	73%	98%	74%	86%	75%

30.c.1 - L'ensemble des droits substantiels susvisés au sein des recours de 1950 à 2003							
	<i>Annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>bien-fondé</i>	73	-	14	0	65	11	158
<i>rejet sur le fond</i>	188	-	82	0	5	14	268
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	65	9	19	0	2	1	93
<i>autres</i>	14	3	3	1	0	0	21
<i>Ensemble</i>	282	420	107	1	68	25	856

30.c.2 - % des droits substantiels sur l'ensemble des droits fondamentaux susvisés de 1950 à 2003							
	<i>annulation</i>	<i>renvoi préjudiciel</i>	<i>responsabilité</i>	<i>carence</i>	<i>manquement</i>	<i>sanction</i>	<i>Ensemble</i>
<i>bien-fondé</i>	14%	-	27%	0%	28%	12%	19%
<i>rejet sur le fond</i>	17%	-	28%	0%	10%	19%	19%
<i>rejet pour irrecevabilité</i>	17%	38%	21%	0%	12%	14%	18%
<i>autres</i>	17%	75%	25%	8%	0%	-	19%
<i>Ensemble</i>	16%	36%	27%	2%	26%	14%	25%

633. Finalement, nos tendances chiffrées nous auront permis de mettre à jour trois phénomènes. D'abord, [les droits quantitativement majoritaires sont plutôt ceux qui aboutissent le mieux et le mieux pour les particuliers](#), tandis que les droits numériquement minoritaires ne développent qu'une emprise minimale, voire anecdotique, sur le contentieux communautaire. Néanmoins, nous ne pouvons affirmer l'existence d'une corrélation systématique entre l'efficacité d'un droit et son degré d'utilisation. En effet, nous avons pu constater que, si la confiance légitime est plus efficace que la sécurité juridique, elle est pourtant préférée par les requérants¹⁵¹. En outre, le contenu économique du droit n'est pas aussi déterminant qu'on aurait pu l'imaginer. Certes, matériellement, les droits les plus importants sont ceux qui trouvent à s'appliquer du fait des réalités du droit communautaire, comme la proportionnalité ou encore les droits de la défense face aux pouvoirs de sanction dont dispose la Commission. En revanche, des droits d'inspiration économique, comme le droit de propriété ou le libre exercice de l'activité économique, ne sont pas aussi prégnants mais le contenu des prescriptions du droit communautaire peut l'expliquer. Aussi les droits fondamentaux communautaires résultent-ils d'un subtil équilibre entre les besoins révélés par la pratique du droit communautaire et les limites tenant au respect de l'objet de la construction communautaire.

Ensuite, [la multiplication des droits fondamentaux communautaires tend à dévoiler les aspirations d'un juge aux prises avec les besoins et les limites du droit communautaire](#) en la matière. S'il devait reconnaître les droits fondamentaux communautaires en raison de la novation de sa mission¹⁵², il était confronté à un profond dilemme tenant à ce que cette novation demeure lacunaire¹⁵³. Il ne peut ainsi pas développer les droits qui auraient pour effet de le soustraire aux obligations du texte des traités. Spécialement, le droit au recours ne peut fonder une relecture de la recevabilité des recours en annulation intentés par les particuliers¹⁵⁴. Néanmoins, nous pensons que le juge témoigne tout de même de sa propension à développer les droits fondamentaux communautaires lorsque cela lui est possible, et malgré des requérants pas toujours irréprochables.

Enfin, nous avons pu constater que [la qualité du requérant est loin d'être négligeable](#). Évidemment, nous avons retrouvé la prépondérance des requérants institutionnels, car leurs recours aboutissent beaucoup plus souvent que les recours des particuliers. En outre, le contentieux communautaire présente une originalité essentielle par rapport aux contentieux nationaux : les requérants individuels sont largement minoritaires, au contraire des sociétés ou personnes morales. Ce constat peut sembler tout à fait cohérent au regard de l'objet du droit communautaire qui s'adresse essentiellement aux agents économiques, et donc spécialement aux sociétés ou personnes morales. Certains droits d'abord des individus ont d'ailleurs été profilés au bénéfice des sociétés,

¹⁵¹ Voir *supra*, § 586.

¹⁵² Voir *supra*, §§ 453 et s.

¹⁵³ Voir *supra*, §§ 485 et s.

¹⁵⁴ CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pts 39 et 40.

comme l'inviolabilité du domicile¹⁵⁵. Néanmoins, la prééminence des sociétés vis-à-vis des individus peut aussi trouver des explications plus pragmatiques. Les sociétés peuvent en effet avoir intérêt à faire durer un litige en développant le plus possible les instances contentieuses même si les recours devant le juge communautaire ne sont pas suspensifs¹⁵⁶. Non seulement, elles en ont les moyens matériels et financiers : elles occupent ainsi leur service juridique le cas échéant. Mais encore, certaines grosses sociétés peuvent profiter de leur hégémonie pour adopter des pratiques anticoncurrentielles qui, si elles sont immanquablement sanctionnées, auront eu le temps d'exercer leurs effets en poussant les plus petits concurrents à la faillite. En multipliant les procédures¹⁵⁷ et en invoquant le plus possible d'arguments, les requérants peuvent en fait gagner du temps pour étouffer les trésoreries de leurs petits concurrents. Il n'est ainsi pas étonnant que les argumentations des requérants puissent se révéler, à propos des droits fondamentaux, parfois opportunistes. Comme le dénonce en effet l'ancien juge à la CJCE PESCATORE :

« tantôt c'est le justiciable qui recherche la protection des principes du droit communautaire à l'encontre de son droit national, jusqu'au niveau du droit constitutionnel ; dans d'autres cas, il s'agit, pour lui, d'échapper aux disciplines du droit supranational sous le couvert des droits fondamentaux »¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Voir *supra*, § 610. Sous cet angle, il est cocasse de constater que pour une fois que le juge communautaire développait une conception d'un droit fondé sur la valorisation de l'individu, il a été incité à étendre son bénéfice aux personnes morales et, par là, à mettre de côté cette valorisation...

¹⁵⁶ À ce sujet, voir par ex. J. BOULOUIS, M. DARMON et J.-G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2001, 435 p., § 198, p. 97.

¹⁵⁷ Par exemple, nous pouvons relever qu'une société de développements de logiciels informatiques tend à user avec zèle de son droit au recours, alors même qu'elle ne tient pas compte des décisions de la Commission qui l'a sanctionné pour non-respect persistant d'une décision de 2004 (communiqué de presse n° IP/06/979 de la Commission du 12 juillet 2006) au paiement de 280.5 millions d'euros (*pour information, neuf jours plus tard, la société annonçait le rachat pour 20 milliards de dollar d'actions entre le 21 juillet et le 17 août 2006, en plus des 30 milliards de dollar déjà rachetés avant le 21 juillet (Voir l'annonce du Cercle finance, du 21 juillet 2006, 16h09) ; le 18 août, elle annonçait racheter pour 20 autres milliards de dollars d'actions d'ici 2011. La société Microsoft ne manque donc pas de liquidité...*).

Pour un recours en annulation introduit le 7 juin 2004 (JOUE C 179 du 10 juillet 2004, p. 18), pas moins de sept ordonnances ont été rendues depuis : ordonnance T-201/04 R_1 du 26 juillet 2004, *Rec.*, p. II-2977 ; deux ordonnances T-201/04 R_1 et 2 du 22 décembre 2004, *Rec.*, p. II-4463 ; ordonnance T-201/04_3 du 9 mars 2005, non publiée ; deux ordonnances T-201/04_1 et 4 du 28 avril 2005, *Rec.*, p. II-1491 et ordonnance T-201/04_5 du 28 novembre 2005. Le TPICE a du en effet régler la question de la demande de référé, finalement rejetée le 22 décembre 2004. il a également du faire face à un étalement des demandes d'intervention à l'instance. Nous nous étonnerons en effet que *The International Association of Microsoft Certified Partners, Inc.* (IAMCP) qui, comme son nom l'indique, devait être au courant dès le départ du contentieux en question, n'a pas profité d'unir sa cause aux demandes d'intervention déjà formulées par d'autres sociétés (voir not. ordonnance T-201/04 R_1 du 26 juillet 2004, *Rec.*, p. II-2977 et ordonnance T-201/04_3 du 9 mars 2005, non publiée). Elle a ainsi attendu presque un an et demi pour formuler sa demande (traitée par l'ordonnance T-201/04_5 du 28 novembre 2005). Que de tels organismes témoignent d'aussi peu de réactivité juridique peut nous surprendre, en particulier dans leurs efforts à obtenir une image éthique louable...

À propos de cette affaire, se référer not. à L. IDOT, « La "saga Microsoft" : les derniers épisodes d'un bras de fer qui se prolonge... », *Europe*, 2006, n° 3, p. 2.

¹⁵⁸ P. PESCATORE, « La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux - Enquête sur un problème virtuel », *RMCUE*, 2003, pp. 151-159, p. 151.

Ces invocations massives et pas toujours cohérentes présentent toutefois l'avantage de permettre à la juridiction communautaire d'affiner sa position concernant les droits fondamentaux et d'en enrichir le contenu.

634. Conclusion du chapitre premier. En définitive, nous pensons que la juridiction communautaire n'a pas démerité. Malgré un contexte procédural peu favorable aux particuliers que le juge ne peut modifier lui-même sans porter atteinte à sa légitimité, elle a reconnu divers droits qui, au regard de leur ampleur actuelle parfois anecdotique, ne se révélaient pas forcément indispensables. Nos tendances chiffrées permettent ainsi de montrer que la Cour a su faire privilégier le qualitatif sur le quantitatif à plusieurs reprises. Certes, des progrès pourraient encore être réalisés, spécialement au bénéfice des individus. Néanmoins, nous pensons que le juge n'est pas le seul à pouvoir résoudre les problèmes identifiés. Nous avons au contraire pu mettre en évidence que les institutions, ou les juges nationaux, ne se réfèrent pas assez aux droits fondamentaux, alors même que les droits sont considérés comme étant en cause au sein du *Recueil de jurisprudence de la Cour*. Il est en outre paradoxal que ce soient les États membres qui n'arrivent pas à se mettre d'accord sur la valeur juridique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui, régulièrement, soulèvent plus souvent la question des droits fondamentaux que les institutions elles-mêmes. Nous pouvons en fait supposer qu'il s'agit de certains États tendant à inciter la Cour à faire progresser la protection des droits fondamentaux communautaires, pour compenser leur incapacité à convaincre leurs homologues. En tout état de cause, si nos tendances chiffrées mériteraient d'être approfondies¹⁵⁹, nous considérons qu'elles permettent déjà de montrer la subtilité du contentieux communautaire en la matière. Tout ne dépend pas du juge et nous ajouterons, contrairement aux croyances de plus en plus actuelles¹⁶⁰, que tout ne doit pas dépendre du juge. Inversement, l'action du juge ne doit pas être dévalorisée du simple fait de la panne idéologique des pouvoirs politiques européens. Le juge a su, malgré tout, étoffer les droits fondamentaux communautaires. Aux logiques purement économiques ont succédé des aspirations plus profondes, tendant à mettre en avant des droits de nature civile et politique. Procédant d'un ordre juridique particulier, la juridiction communautaire devait apporter une lecture potentiellement originale de ces droits. Or, ces derniers constituant la base des droits fondamentaux nationaux, au moins historiquement, et ayant déjà fait l'objet d'autres instruments internationaux, des divergences d'interprétation étaient susceptibles d'apparaître à leur endroit. Si certaines

¹⁵⁹ À propos du besoin d'études supplémentaires prenant en compte la conjoncture, la pertinence des politiques au sujet de l'interaction entre les législateurs, les requérants, la CJCE et les juges nationaux, voir A. STONE SWEET, « *Constitutional Dialogues in the European Community* » in A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET et J.H.H. WEILER, *The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence (Legal Change in Its Social Context)*, Oxford, Hart Publishing, 1998, 391 p., pp. 305-330, p. 330 : « *We need contextually-sensitive, policy-relevant studies of the interaction between legislators, litigators, the ECJ, and the national courts* ». « Concernant les interactions existant entre les législateurs, les plaignants, la Cour de justice des communautés européennes et les tribunaux nationaux, nous avons besoin d'études qui tiennent compte du contexte et s'avèrent pertinentes pour la prise de décisions politiques ».

¹⁶⁰ Voir sur ce point les motivations des organisateurs des *Entretiens de Provence* mentionnées dans le résumé de l'ouvrage : R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence – Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, Publications de la Sorbonne, 2003, 381 p.

différences sont inexorables du fait du contexte considéré, la Cour de justice devait prendre garde à ce que son action soit toujours acceptée par les acteurs nationaux chargés de la concrétisation des normes communautaires et, par ricochet, de la validité de l'ordre juridique communautaire. Elle fut donc confrontée à la nécessité d'améliorer la protection des droits fondamentaux communautaires, afin d'en harmoniser l'assentiment.

CHAPITRE SECOND

UNE PROTECTION OPTIMISÉE

635. La protection des droits fondamentaux communautaires ne peut être efficace que par la conjonction de deux éléments. Les droits doivent être d'une part reconnus, et d'autre part garantis. En effet, comme le souligne le doyen COHEN-JONATHAN, « un système de protection des droits fondamentaux ne vaut pas seulement par le contenu des droits protégés, mais par l'existence de recours directs, accessibles et effectifs »¹⁶¹.

636. Or, la protection des droits fondamentaux communautaires souffre, pour beaucoup, de plusieurs lacunes qui la rendent inadéquate¹⁶². Évidemment, la difficulté d'accès au juge communautaire des particuliers demeure une critique centrale. Nous n'aborderons toutefois pas cette question dans la mesure où nous avons déjà montré que la Cour de justice ne peut pas en modifier les conditions explicitement mentionnées dans le traité¹⁶³. D'autres critiques sont néanmoins susceptibles d'être contrées par l'action constructrice de la Cour de justice. Pour synthétiser, le système communautaire est dénoncé pour la complexification qu'il engendre dans la protection des droits fondamentaux en général. Puisqu'il multiplie les niveaux de contrôle des normes nationales, un déséquilibre flagrant entre les normes nationales et les normes communautaires s'instaure¹⁶⁴. En particulier, la multiplication, pour une même norme, des compétences de différents juges pose la question de la compatibilité de leurs décisions. Parce que le juge communautaire est devenu compétent dans un domaine où la CEDH, et forcément les juges nationaux, officiaient déjà, plusieurs auteurs mettent en exergue les probabilités de conflits entre ces différents juges¹⁶⁵. Pourtant, et comme le souligne l'ancien juge à la CJCE PUISOCHET¹⁶⁶, les hypothèses de conflits se révèlent

¹⁶¹ G. COHEN-JONATHAN, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme » in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, 720 p., pp. 3-31, p. 8.

¹⁶² Voir à ce sujet C. TURNER, « *Human Rights Protection in the European Community : Resolving Conflict and Overlap Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights* », *EPL*, 1999, pp. 453-470, spéc. pp. 458-459.

¹⁶³ Voir *supra*, partie I, titre I, chap. II « La garantie des normes communautaires : un caractère critiqué », spéc. §§ 206-227.

¹⁶⁴ À ce sujet, voir le tableau comparatif, très explicite, in L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., 2005, 576 p., § 614, p. 467.

¹⁶⁵ Par ex., voir L. FAVOREU, *ibid.*, § 615, pp. 467-471 ; ou encore C. TURNER, « *Human Rights Protection in the European Community : Resolving Conflict and Overlap Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights* », *op. cit.*, p. 459.

¹⁶⁶ J.-P. PUISOCHET, « La Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de l'homme » in *Protection des Droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 1587 p., pp. 1139-1151, p. 1146. Dans le même sens, se référer également à B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé – À propos de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 », *RFDA*, 2004, pp. 651-661, p. 652.

largement amenuisées, si ce n'est annihilées, par le dialogue des juges entrepris par la Cour de justice. Celle-ci ne pourrait cependant pas mener une telle opération si elle ne pouvait compter sur sa cohérence interne.

637. En définitive, la mise en œuvre équilibrée de la protection des droits fondamentaux communautaires résulte également de la volonté d'optimiser la garantie des droits existante. De la sorte, la Cour de justice s'évertue à développer un dialogue propice à une collaboration fructueuse et susceptible de compenser les lacunes persistantes pour lesquelles elle ne peut rien, et ce, aussi bien en son sein (première section), que vis-à-vis des juges qu'elle côtoie (seconde section).

Première section. L'articulation efficace des instances communautaires

638. À partir de la création du TPICE en 1988 et surtout de sa mise en place en 1989¹⁶⁷, la Cour de justice est devenue plurielle. Le double degré de juridiction a certes grandement amélioré la qualité de la garantie des normes communautaires en renforçant l'efficacité du droit au recours¹⁶⁸. Elle a toutefois eu des effets plus induits. Les juges des différentes émanations de la Cour de justice¹⁶⁹ ont en effet dû apprendre à développer une jurisprudence cohérente.

639. De toute évidence, la CJCE, en tant qu'instance finale, a conservé le dernier mot. Sa prise en considération de l'autre a néanmoins pu la conduire à affiner ses positions. Si la perspective d'un pourvoi incite le juge du TPICE à mieux motiver ses décisions¹⁷⁰, le juge de la CJCE est éventuellement confronté à des propositions de revirement de jurisprudence beaucoup plus précises. Il est alors incité à y répondre avec une justification d'autant plus renforcée qu'il maintiendra sa position. La recevabilité des recours en annulation intentés par les particuliers en constitue d'ailleurs une expression

¹⁶⁷ Le TPICE fut en effet créé par la décision du Conseil du 24 octobre 1988, adoptée sur la base de l'article 225 CE. Il fut mis en place le 1^{er} septembre 1989, et devint opérationnel le 31 octobre suivant. Voir, à ce sujet, les propos de l'un des premiers juges nommés au TPICE : K. LENAERTS, « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes : regard sur une décennie d'activités et sur l'apport du double degré d'instance au droit communautaire », *CDE*, 2000, pp. 323-409, §§ 1-2, pp. 323-324.

¹⁶⁸ Voir, à ce sujet, K. LENAERTS, *ibid.*, §§ 83-84, pp. 408-409.

¹⁶⁹ Nos propos ne porteront en fait que sur la CJCE et le TPICE. En effet, le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (TFPUE) a été mis en place trop récemment pour que nous puissions avoir suffisamment de recul. Il n'a ainsi rendu, au 4 juillet 2006, que six arrêts : TFPUE, 26 avril 2006, *Nicola Falcione c/ Commission*, aff. F-16/05, pas encore publié ; 15 juin 2006, *Dypna Mc Sweeney et Pauline Armstrong c/ Commission*, aff. F-25/05, pas encore publié ; et 4 arrêts du 28 juin 2006, *Sanchez Ferriz c/ Commission*, aff. F-19/05, pas encore publié, *Le Maire c/ Commission*, aff. F-27/05, pas encore publié, *Beau c/ Commission*, aff. F-39/05, pas encore publié, et *Grünheid c/ Commission*, aff. F-101/05, pas encore publié. Nous supposons toutefois que l'immixtion d'un troisième interlocuteur ne changera pas fondamentalement la nature des relations entre les instances communautaires, même si elle est susceptible de les approfondir, voire de les compliquer.

¹⁷⁰ Sur ce point, se référer not. à K. LENAERTS, « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes : regard sur une décennie d'activités et sur l'apport du double degré d'instance au droit communautaire », *op. cit.*, § 46, p. 359.

manifeste. Tandis que, dans l'affaire *Codornú*¹⁷¹, la Cour a laissé une marge de manœuvre au Tribunal¹⁷², elle rejette les sollicitations que ce dernier a formulées dans l'arrêt *Jégo-Quéré*¹⁷³ par une motivation particulièrement détaillée¹⁷⁴. La Cour témoigne donc de sa volonté de développer des échanges avec le Tribunal, bien qu'elle se réserve en toute logique la décision ultime.

640. La communication entre les deux instances communautaires n'a dès lors pas pour seul objet « la sanction, par la Cour, du non-respect par le Tribunal de son règlement de procédure »¹⁷⁵. Non seulement elle profite à « l'élaboration et l'application d'un droit commun de garanties procédurales »¹⁷⁶, mais en outre elle participe à « la consolidation de l'application et de l'interprétation de la règle de droit dans l'ordre juridique communautaire »¹⁷⁷. L'accessibilité du juge du pourvoi est ainsi devenue une question importante pour le particulier, soucieux de la défense cohérente de ses droits fondamentaux communautaires. En d'autres termes, si la collaboration entre la CJCE et le TPICE est d'abord procédurale (§1), elle se révèle également profitable au droit communautaire en général, et particulièrement aux droits fondamentaux de l'Union et de la Communauté européennes incarnés dans la Charte de Nice (§2).

§1. La collaboration procédurale du pourvoi

641. Le paragraphe 1^{er} de l'article 225 TCE articule les attributions du Tribunal et de la Cour : la seconde est compétente pour examiner les pourvois formés à l'encontre des décisions du premier. De manière à apprécier cette connexion, nous nous intéresserons à la réalité du pourvoi au sein de la juridiction communautaire. Nous pourrions ainsi vérifier la cohérence des propos des juges, cohérence susceptible d'amender positivement la garantie des droits fondamentaux communautaires. Pour cela, il sera utile de mesurer les pourvois aussi bien dans leur nombre (A), que dans leur résultat (B).

¹⁷¹ CJCE, 18 mai 1994, *Codornú SA c/ Conseil*, aff. C-309/89, *Rec.*, I-1853.

¹⁷² En effet, comme le fait remarquer le juge LENAERTS, « [l]a concision des motifs de l'arrêt de la Cour ne permettait pas de déterminer si celui-ci entendait ou non refléter le souhait plus large de la Cour d'assouplir les conditions de recevabilité des recours en annulation introduits par des particuliers à l'encontre des mesures législatives. Il revenait donc au Tribunal [...] d'interpréter les exigences de l'article 230, quatrième alinéa, CE, [...] à la lumière de l'arrêt de la Cour ». Voir K. LENAERTS, « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes : regard sur une décennie d'activités et sur l'apport du double degré d'instance au droit communautaire », *op. cit.*, § 48, p. 360.

¹⁷³ TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Cie SA c/ Commission*, aff. T-177/01, *Rec.*, p. II-2365.

¹⁷⁴ CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677.

¹⁷⁵ K. LENAERTS, « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes : regard sur une décennie d'activités et sur l'apport du double degré d'instance au droit communautaire », *op. cit.*, § 51, p. 363.

¹⁷⁶ *Id.*

¹⁷⁷ K. LENAERTS, « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes : regard sur une décennie d'activités et sur l'apport du double degré d'instance au droit communautaire », *op. cit.*, p. 373.

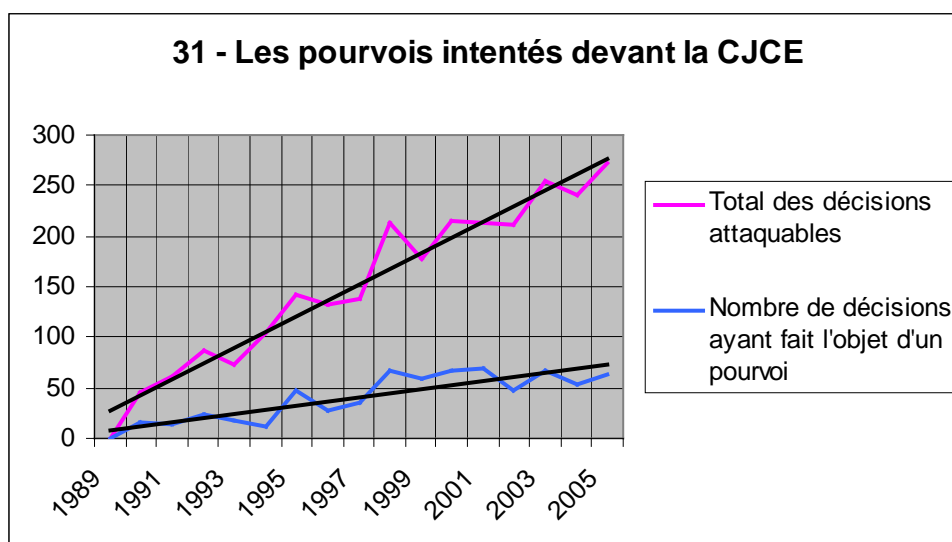
A. L'importance des pourvois devant la CJCE

642. D'après les informations diffusées dans les Rapports annuels d'activité de la Cour de justice, nous avons pu élaborer la série de documents n° 31. Nous pouvons ainsi constater que, sur les 2 586 décisions attaquables recensées depuis 1989, 685 ont fait l'objet d'un pourvoi devant la CJCE, soit 26%.

31 - Les pourvois intentés devant la CJCE¹⁷⁸			
	<i>Total des décisions attaquables¹⁷⁹</i>	<i>Nombre de décisions ayant fait l'objet d'un pourvoi</i>	<i>% de décisions ayant fait l'objet d'un pourvoi</i>
1989	0	0	-
1990	46	16	35%
1991	62	13	21%
1992	86	24	28%
1993	73 (66)	17 (16)	23%
1994	105	12	11%
1995	142	47	33%
1996	133	27	20%
1997	139	35	25%
1998	214	67	31%
1999	178	60	34%
2000	215 (217)	68 (69)	32%
2001	214 (213)	69	32%
2002	212	47	22%
2003	254	67	26%
2004	241	53	22%
2005	272	64	24%
Total	2586	685	26%

¹⁷⁸ Chaque année, le *Rapport annuel* de la Cour de justice présente un tableau relatif aux décisions du Tribunal ayant fait l'objet d'un pourvoi en remontant jusqu'à 1989. Le *Rapport 2005* comporte toutefois des modifications vis-à-vis des rapports précédents. De manière à éviter toute confusion, nous nous sommes fondée sur les données les plus récemment indiquées tout en mentionnant, entre parenthèses, les anciens nombres fournis.

¹⁷⁹ Il s'agit, selon les *Rapports annuels*, des arrêts ou encore des ordonnances d'irrecevabilité, de référé, de non-lieu et de rejet d'intervention, pour lesquels le délai de pourvoi a expiré ou un pourvoi a été formé.



643. Sur les 16 années référencées (excepté l'année 1989 vierge de pourvoi du fait que le Tribunal venait à peine d'être mis en place), les taux de décisions ayant fait l'objet d'un pourvoi varient de 11% à 35%. Pour 6 années, les taux dépassent 30%, et pour 9 années, ils sont compris entre 20 et 30%. Autrement dit, les taux sont toujours supérieurs à 20%, sauf en 1994.

Afin d'apprécier ces niveaux, il serait intéressant de comparer ces données avec les taux correspondants pour d'autres juridictions et, spécialement, les juridictions nationales. Mais, alors que les systèmes nationaux obéissent principalement à la logique du modèle européen de justice constitutionnelle¹⁸⁰, séparant ainsi les juridictions ordinaires et la juridiction constitutionnelle, la CJCE est investie de missions multiples, allant du domaine réglementaire au domaine « constitutif ». La variabilité des contextes est donc susceptible d'introduire une source d'inexactitude. Par ailleurs, nous avons été confrontée à l'impossibilité de trouver les informations recherchées que ce soit dans les rapports d'activité des juridictions suprêmes françaises, auprès de ces juridictions elles-mêmes¹⁸¹, ou auprès de la direction de l'administration générale et de l'équipement (sous-direction de la statistique, des études et de la documentation) au ministère de la Justice. Devant un tel écueil, nous avons décidé de limiter notre recherche à la situation des juridictions françaises. Notre appréciation ne peut donc pas être rigoureuse ; elle est néanmoins susceptible de dégager des tendances instructives.

¹⁸⁰ Sur ce point, voir L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, n° 2293, 3^{ème} éd., 1996, 127 p.

¹⁸¹ Par exemple, les services de la Cour de cassation française ne connaissent pas le nombre de décisions attaquables. Ils nous ont en fait renvoyée vers la direction de l'administration générale et de l'équipement (sous direction de la statistique, des études et de la documentation) au ministère de la Justice. Cependant, cette dernière ne dispose pas non plus de telles informations. En outre, si la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) publiera en octobre son nouveau rapport d'évaluation des systèmes judiciaires de tous les États membres du Conseil de l'Europe, il ne contiendra aucune donnée spécifique relative au pourvoi en cassation, mais seulement sur le taux d'appel. Se référer, à partir du 25 octobre 2006, au site Internet de la CEPEJ : < [http:// www.oce.int/CEPEJ](http://www.oce.int/CEPEJ)>. Le taux de pourvoi en France ne peut ainsi être approché qu'au moyen d'estimations.

644. Pour ce faire, nous nous sommes reportée aux *chiffres-clés de la Justice* pour 2005 fournis par le ministère de la Justice français¹⁸².

D'une part, à propos de l'ordre judiciaire, sont indiqués les nombres de décisions rendues en appel et en cassation. En combinant les données quel que soit le domaine, nous trouvons respectivement 304 450 et 31 668 décisions¹⁸³. Si les décisions en cassation ne peuvent matériellement pas découler des décisions en appel de la même année, nous pouvons tout de même identifier une tendance. Nous relevons ainsi que les premières représentent un peu plus de 10% des secondes. En d'autres termes, nous pouvons supposer qu'environ 10% des décisions rendues en appel font l'objet d'un pourvoi. Nous sommes donc largement en dessous du taux de pourvoi de 24% devant la CJCE en 2005.

D'autre part, à propos de l'ordre administratif, les *chiffres-clés de la Justice* pour 2005 nous renseignent sur le nombre d'affaires enregistrées devant les tribunaux administratifs (149 008), devant les cours administratives d'appel (14 347) et devant le Conseil d'État (12 074)¹⁸⁴. Ce dernier disposant de compétences en premier ressort¹⁸⁵, il était nécessaire de combiner ces informations avec les données du compte rendu de l'activité du Conseil d'État en 2005 disponibles dans son rapport public 2006¹⁸⁶. D'après le tableau n° 4, le Conseil a été saisi de 6 558 affaires de cassation¹⁸⁷. Ne disposant que d'informations limitées, nous ne nous intéresserons qu'à la situation des pourvois sur décisions des cours administratives d'appel¹⁸⁸. Parmi les 6 558 affaires de cassation enregistrées au Conseil d'État en 2005, 2 882 sont relatives à des arrêts de cours administratives d'appel. Certes, ces 2 882 affaires ne peuvent découler des 14 347 affaires introduites devant les cours administratives d'appel la même année. Néanmoins, ces nombres nous permettent de supposer que 20% de ces dernières affaires sont susceptibles de faire ensuite l'objet d'un pourvoi. Nous retrouvons alors un taux de pourvoi de nouveau inférieur à celui constaté devant la CJCE en 2005.

645. En définitive, le taux de pourvoi relatif à l'activité de la CJCE se révèle supérieur à ceux estimés devant les juridictions suprêmes françaises. Nous pourrions dès lors être tentée de considérer que le TPICE ne donne pas l'image d'une « bonne »

¹⁸² Ce document de 41 pages est réalisé par la sous-direction de la Statistique, des Études et de la Documentation du ministère de la justice français. Il est disponible sur Internet : <<http://www.justice.gouv.fr/chiffres/chiffrescles05.pdf>>.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 11. Plus précisément, le document distingue les domaines civil/commercial et pénal. Nous pouvons lire que, pour le premier, 211 257 décisions ont été rendues en appel et 23 539 en cassation et que, pour le second, 93 193 décisions ont été rendues en appel et 8 129 en cassation.

¹⁸⁴ *Op. cit.*, note n° 182, p. 33.

¹⁸⁵ Voir l'article L111-1 du code de justice administrative français, ainsi que les articles L311-1 à 7 du même code.

¹⁸⁶ *Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, *La documentation française*, 412 p., disponible sur Internet : <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000245/0000.pdf>>.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 23. Pour trouver 6 558, nous avons additionné les nombres relatifs aux différents modes de saisine du Conseil d'État en tant que juge de cassation, que ce soit après appel (2882), après référé (815) ou autre décision définitive (1366) devant un tribunal administratif ou, enfin, après décision des juridictions administratives spécialisées (1495).

¹⁸⁸ Cela évitera en outre de tomber dans les subtilités de la procédure contentieuse administrative française, difficilement comparable avec le contentieux communautaire beaucoup plus simple.

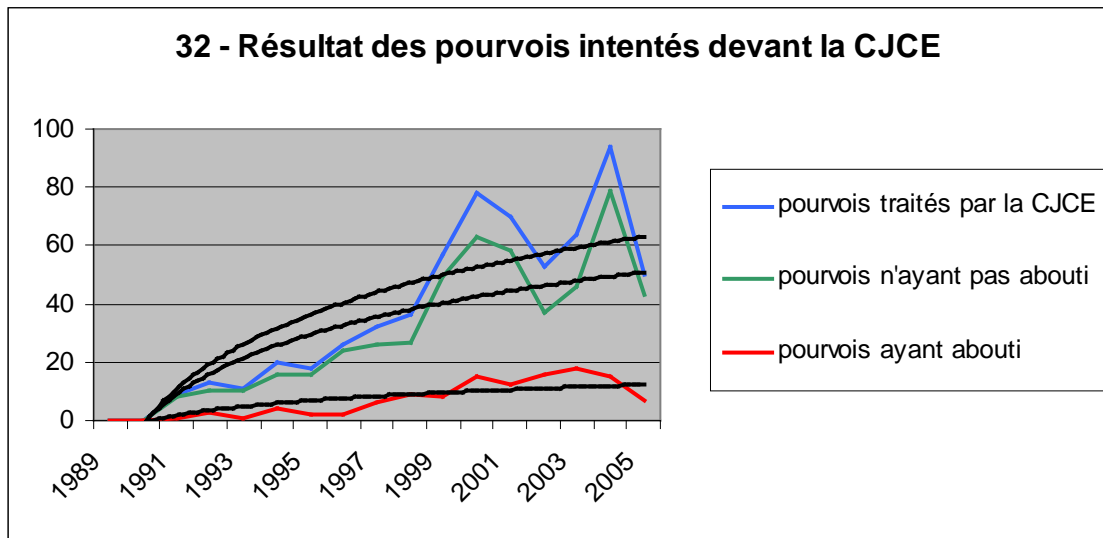
juridiction. Puisque les justiciables contestent ses décisions plus qu'ils semblent le faire en droit français, ils apparaissent plus méfiants envers le TPICE et préfèrent se tourner plus souvent vers la CJCE. Nous remarquons toutefois que le taux de pourvoi au sein de la juridiction communautaire tend à diminuer. En effet, le nombre de décisions ayant fait l'objet d'un pourvoi croît moins vite que le nombre de décisions attaquables, comme le montrent d'ailleurs très clairement les courbes de tendance du schéma n° 30. Les justiciables auraient alors de plus en plus confiance en la décision du TPICE par rapport à la jurisprudence de la Cour. Cette interprétation est d'autant plus probable que la performance des pourvois ne s'amplifie pas.

B. La performance des pourvois devant la CJCE

646. En nous référant aux rapports d'activité de la Cour de justice depuis 1989, nous avons pu regrouper, au sein de la série de documents n° 32 suivante, les diverses informations relatives au résultat des pourvois intentés devant la CJCE. Nous pouvons ainsi constater que, sur les 631 pourvois traités par la CJCE depuis 1991, 119 ont été bien fondés, totalement ou partiellement, c'est-à-dire 19%.

32.a - Résultat des pourvois intentés devant la CJCE							
	<i>total de pourvois traités par la CJCE</i>	pourvois n'ayant pas abouti			pourvois ayant abouti		
		<i>pourvois rejetés</i>	<i>radiation / non-lieu</i>	<i>total</i>	<i>annulation totale ou partielle sans renvoi</i>	<i>annulation totale ou partielle avec renvoi</i>	<i>total</i>
1989	0	0	0	0	0	0	0
1990	0	0	0	0	0	0	0
1991	9	6	2	8	0	1	1
1992	13	8	2	10	2	1	3
1993	11	7	3	10	0	1	1
1994	20	16	0	16	3	1	4
1995	18	16	0	16	1	1	2
1996	26	24	0	24	2	0	2
1997	32	26	0	26	2	4	6
1998	36	26	1	27	1	8	9
1999	57	46	3	49	6	2	8
2000	78	58	5	63	13	2	15
2001	70	54	4	58	11	1	12
2002	53	30	7	37	15	1	16
2003	64	41	5	46	11	7	18
2004	94	73	6	79	14	1	15
2005	50	41	2	43	7	0	7
Total	631	472	40	512	88	31	119

32.b - % de chaque catégorie par rapport au nombre de pourvois traités par année						
	pourvois n'ayant pas abouti			pourvois ayant abouti		
	<i>pourvois rejetés</i>	<i>radiation / non-lieu</i>	<i>total</i>	<i>annulation totale ou partielle sans renvoi</i>	<i>annulation totale ou partielle avec renvoi</i>	<i>total</i>
1991	67%	22%	89%	0%	11%	11%
1992	62%	15%	77%	15%	8%	23%
1993	64%	27%	91%	0%	9%	9%
1994	80%	0%	80%	15%	5%	20%
1995	89%	0%	89%	6%	6%	11%
1996	92%	0%	92%	8%	0%	8%
1997	81%	0%	81%	6%	13%	19%
1998	72%	3%	75%	3%	22%	25%
1999	81%	5%	86%	11%	4%	14%
2000	74%	6%	81%	17%	3%	19%
2001	77%	6%	83%	16%	1%	17%
2002	57%	13%	70%	28%	2%	30%
2003	64%	8%	72%	17%	11%	28%
2004	78%	6%	84%	15%	1%	16%
2005	82%	4%	86%	14%	0%	14%
Total	75%	6%	81%	14%	5%	19%



647. Avec le déroulement logique des instances, et sachant que la Cour n'a été saisie de son premier pourvoi qu'en 1990, elle a commencé à rendre des arrêts en matière de pourvoi qu'à partir de 1991. Sur les quinze années écoulées, nous en dénombrons 2 pour lesquelles les taux de pourvois bien fondés sont inférieurs à 10%, 8 pour lesquelles les taux s'échelonnent entre 10 et 20% et, enfin, 5 pour lesquelles les taux sont supérieurs à 20%. Autrement dit, la plupart du temps, le taux de réussite des pourvois intentés devant la CJCE est compris entre 10 et 20%, mais il lui arrive régulièrement de franchir la barre des 20% pour atteindre jusqu'à 30%.

De la même manière que précédemment, il est utile de confronter ces résultats avec ceux d'autres juridictions, notamment nationales, pour en saisir toute la portée. Néanmoins, la présentation des particularités de chaque système national dont les données ne sont en outre pas forcément accessibles dans une langue que nous maîtrisons serait laborieuse. Aussi, et encore une fois, nos constatations ne prétendons nullement à une rigueur absolue, mais nous permettrons de proposer une lecture plausible du contentieux communautaire.

648. En réalité, le taux moyen de pourvois bien fondés devant la CJCE de 19% surprend *a priori* par son importance. En effet, pour comparer avec une juridiction suprême chargée d'une compétence constitutionnelle tout comme la CJCE, nous constatons que la Cour suprême des États-Unis retient moins de 1.5% des affaires qui lui sont soumises après une procédure de sélection rigoureuse¹⁸⁹ ; le taux de réussite des pourvois ne peut alors qu'y être inférieur. Nous ne pouvons toutefois comparer pleinement ces deux juridictions dans la mesure où la Cour de justice ne constitue, encore aujourd'hui et pour la plupart des matières, que la deuxième instance et non la

¹⁸⁹ Voir not. L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 9^{ème} éd., 2006, 968 p., § 346, pp. 249-250, spéc. p. 249 : « Sur 7 000 affaires qui lui sont soumises chaque année, la Cour suprême américaine en retient une centaine dont 40 % environ ont un caractère constitutionnel ». Par ailleurs, se référer spéc. à la thèse de S. NICOT, *Contribution à l'étude de la sélection des recours par la juridiction constitutionnelle (Allemagne, Espagne et États-Unis)*, Paris, LGDJ, 2005, 467 p.

troisième. Il apparaît donc normal que le besoin d'épuiser les controverses s'exprime par l'utilisation des deux niveaux du contentieux communautaire. Le taux de réussite des pourvois devant la CJCE ne peut ainsi qu'être supérieur aux taux résultant d'une instance supplémentaire, mais inférieur aux taux résultant d'une instance inférieure. En d'autres termes, il nous semble logique, dans une perspective de dialogue des juges, que les taux de réussite soient plus forts lorsqu'il ne peut y avoir qu'une seule instance, mais plus faibles lorsqu'il ne s'agit que de trancher une controverse dont les différentes solutions ont déjà été formulées lors des instances précédentes. Dès lors, que le taux de réussite des pourvois intentés devant la CJCE soit supérieur à celui connu par la Cour suprême des États-Unis nous paraît tout à fait cohérent.

649. La lecture des taux de réussite des pourvois devant la juridiction suprême administrative semble ensuite conforter cette interprétation. Si les données ne sont pas disponibles pour le Conseil d'État français, nous pouvons constater que le taux de réussite des procédures devant le Conseil d'État belge atteint, du 16 septembre 2003 au 15 septembre 2004, 16.60% en matière de contentieux général et 2.80% en matière de contentieux des étrangers, soit un total de 19.40%¹⁹⁰. Ce taux doit toutefois être relativisé, dans la mesure où le Conseil d'État belge est compétent, pour certains contentieux, en première et dernière instance¹⁹¹. Le taux de réussite des pourvois, proprement dit, ne peut donc qu'être inférieur à ces 19.40% et, par ricochet, au taux moyen de réussite des pourvois intentés devant la CJCE (19%). Aussi notre proposition d'interprétation des taux de réussite des pourvois indexés au nombre d'instances préalables demeure-t-elle cohérente.

650. La présentation des taux de réussite des pourvois introduits devant la Cour de cassation française peut enfin nous amener à préciser notre interprétation. En effet, selon son rapport annuel 2005, le taux de pourvoi aboutissant à la cassation atteint en moyenne 25%¹⁹². Ce taux s'avère assez révélateur dans la mesure où il est du même ordre

¹⁹⁰ Voir *Le rapport annuel 2003-2004*, 2005, 107 p. Diffusé sur Internet : <<http://www.raadvst-consetat.be/pdf/Rap03-04.pdf>>. Se reporter spéc. p. 46. Nous précisons que nous avons cumulé les taux relatifs aux deux rôles, français et néerlandais, pour obtenir les taux de réussite mentionnés. Plus précisément, et respectivement, nous trouvons d'une part 8.25% + 8.35%, et d'autre part, 2.28% + 0.52%.

¹⁹¹ Se référer à l'article 14 des *lois coordonnées sur le Conseil d'État belge* dont la version consolidée est disponible sur Internet : <<http://www.raadvst-consetat.be/pdf/Loi-coor.pdf>>. Voir spéc. le paragraphe 1^{er} de cet article 14 : « La section statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives, ainsi que contre les actes administratifs des assemblées législatives ou de leurs organes, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées, de la Cour des comptes et de la Cour d'arbitrage, ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la Justice relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel ».

¹⁹² Plus précisément, on trouve 28% devant la première chambre civile, 36% devant la deuxième chambre civile, 28% devant la troisième chambre civile, 31% devant la chambre commerciale, 23% devant la chambre sociale et 5% devant la chambre criminelle. Voir Cour de cassation, *Rapport annuel 2005 – L'innovation technologique*, La Documentation française, Paris, 2006, 538 p., resp., pp. 438, 440, 442, 444, 447 et 450. Rapport disponible sur Internet : <http://www.courdecassation.fr/_rapport/rapport05/cour_cassation-rapport_2005.pdf>.

Nous remarquons que le taux de réussite des pourvois en matière pénale n'atteint que 5%. Cette faiblesse spectaculaire est en fait expliquée par la Cour elle-même (p. 450 du rapport précité). Deux phénomènes se conjuguent. D'une part, l'effet suspensif des voies de recours revêt un enjeu beaucoup plus fort en matière

de grandeur que celui connu devant la Cour de cassation belge : 28%¹⁹³. Il est donc supérieur au taux moyen constaté devant la CJCE alors que le nombre d'instances pour atteindre la Cour de cassation est supérieur. Toutefois, le justiciable peut également, dans de nombreuses circonstances, solliciter la Cour de cassation française sans appel préalable¹⁹⁴. En outre, la Cour est à la tête d'une hiérarchie de juridictions multiples combinant le civil, le pénal, le pénal des mineurs, le social au sens large, le commercial et l'agricole¹⁹⁵. Même si chaque domaine est doté de ses propres textes, il devient nécessaire d'harmoniser les solutions. Ainsi, bien qu'intervenant en troisième instance, la Cour de cassation joue un rôle spécifique dans le dialogue entre les différents juges qu'elle coordonne. En somme, notre interprétation relative à l'indexation du taux de pourvoi au nombre d'instances préalables doit être affinée lorsque le juge de pourvoi contrôle une multitude de juges. Cette précision ne fait de toute façon que renforcer l'importance du facteur « dialogue des juges » en ce que, à notre sens, il participe à la compréhension de l'articulation des différents niveaux d'instance.

651. En fin de compte, les taux de réussite des pourvois intentés devant la CJCE apparaissent tout à fait positifs : ils tendent à dépasser les taux constatables devant les juridictions suprêmes ordinaires françaises. La CJCE se révèle dès lors accessible aux requérants et leur confère effectivement un droit au recours approfondi. Par ailleurs, ces taux témoignent des échanges entre le TPICE et la CJCE. Le premier ne semble ainsi pas hésiter à modifier la jurisprudence communautaire, au point que les requérants estiment nécessaires de porter l'affaire devant la Cour malgré l'absence d'effet suspensif du pourvoi. La tendance apparaît néanmoins ralentir depuis 2004. En effet, et comme l'illustrent les courbes de tendance du schéma n° 31, l'augmentation des pourvois bien fondés apparaît moins forte que la croissance du nombre de pourvois traités par la Cour. Il s'agit peut-être de l'effet rédhibitoire du coup d'arrêt lancé par la CJCE à l'encontre des ardeurs du TPICE dans l'affaire *UPA*¹⁹⁶. Le taux de réussite des pourvois n'atteignant

pénale puisqu'il retarde l'éventuel privation de liberté. Les justiciables intentent ainsi un pourvoi beaucoup plus systématiquement même s'ils n'ont aucune chance de gagner. D'autre part, le pourvoi en matière criminelle n'exige pas de représentation. Beaucoup des mémoires présentés sont donc personnels mais ne répondent pas aux prescriptions procédurales du pourvoi (soulever une question de droit). De faible qualité, ils sont alors davantage rejetés.

¹⁹³ *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique 2005, op. cit.*, spéc. p. 283, tableau n° 19.

¹⁹⁴ En matière pénale, il s'agit notamment des arrêts de la chambre de l'instruction, ou encore de certains « arrêts et jugements rendus en dernier ressort en matière criminelle, correctionnelle et de police » en vertu de l'article 567 du code de procédure pénale. Certes, les taux de réussite des pourvois en matière pénale étant exceptionnellement bas en raison d'éléments qui échappent à la Cour (voir *supra*, note n° 192), ils ne sont pas susceptibles de contrebalancer le phénomène mis en exergue. Néanmoins, en matière civile, nous pouvons relever de nombreuses hypothèses dans lesquelles l'appel n'est pas possible. Nous pouvons les classer dans deux catégories : d'une part lorsque l'intérêt en jeu est de faible importance financière (par exemple, inférieur ou égal à 4 000 euros devant le Tribunal d'instance, selon l'article L321-2-1 du code de l'organisation judiciaire), et d'autre part face à des situations particulières telles que la contestation des élections des juges des tribunaux de commerce qui relève de la compétence en dernier ressort du Tribunal d'instance, en vertu de l'article L413-11 du code de l'organisation judiciaire.

¹⁹⁵ Pour une présentation synthétique de cette hiérarchie, se référer au tableau diffusé par le ministère de la Justice français sur Internet : <<http://www.justice.gouv.fr/justorg/justorg6b.htm>>.

¹⁹⁶ CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677.

toutefois pas ses niveaux les plus bas, il nous semble trop tôt pour aboutir à de telles conclusions.

652. Finalement, les pourvois constituent un outil important du contentieux communautaire. En comparaison avec les juridictions nationales, ils se révèlent largement utilisés par les requérants, et atteignent des taux de réussite honorables. S'ils mériteraient de plus amples études, ils apparaissent déjà comme un vecteur essentiel de coordination des instances communautaires. Certes, ils tendent aujourd'hui à perdre en importance relative, que ce soit dans leur introduction ou dans leur réussite. Pourtant, cela n'est pas de nature à limiter le TPICE dans ses initiatives interprétatives. Au contraire, l'augmentation relative de l'insuccès des pourvois peut témoigner de l'audace du Tribunal. En tout cas, le dialogue des juges perdure même si le Tribunal se rallie au final aux positions de la Cour. Cette dernière est alors incitée à préciser sa jurisprudence dont la matière, par ricochet, se perfectionne. La situation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne devant la Cour de justice en constitue un vif témoignage.

§2. La collaboration substantielle sur la Charte

653. Alors que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne demeure dépourvue d'effet juridique contraignant, la doctrine y décèle « une valeur indicative, offrant aux institutions et aux juridictions communautaires une "grille de lecture" destinée dans le meilleur des cas, à appuyer en tant qu'élément confortatif, un raisonnement dans le cas d'espèce »¹⁹⁷. En ce sens, certains vont même jusqu'à considérer que la Charte peut acquérir un caractère obligatoire, en devenant un « instrument d'interprétation des traditions constitutionnelles communes des États membres »¹⁹⁸. Certes, il était possible que la Charte se transforme en une source d'inspiration privilégiée pour la reconnaissance de PGDC. Il était également plausible que « les juges [communautaires] puissent se référer à la Charte des droits fondamentaux [...] et] veiller au respect des droits énoncés par la Charte en tant que PGDC »¹⁹⁹. D'ailleurs, la totalité des huit avocats généraux de la CJCE en 2001 ont plaidé en faveur de l'utilisation de la Charte par la Cour²⁰⁰. Néanmoins, celle-ci ne les a pas suivis. Elle se

¹⁹⁷ P. GAÏA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RFDC*, 2004, n° 58, pp. 227-246, p. 238.

¹⁹⁸ L.S. ROSSI, « "Constitutionnalisation" de l'Union européenne et des droits fondamentaux », *RTDE*, 2002, pp. 27-52, p. 39.

¹⁹⁹ M. WATHELET, « La Charte des droits fondamentaux : un bon pas dans une course qui reste longue », *CDE*, 2000, pp. 585-593, p. 591.

²⁰⁰ Voir par ordre chronologique en fonction de leurs premières conclusions en la matière :

- Conclusions de l'avocat général ALBER, 1^{er} février 2001, rendues sur l'arrêt du 17 mai 2001, *TNT Traco SpA c/ Poste Italiane SpA (anciennement, Ente Poste Italiane)*, Michele Carbone, Raffaele Ciriolo et Clemente Marino, aff. C-340/99, *Rec.*, p. I-4109, pt 94 ;

- Conclusions de l'avocat général TIZZANO, 8 février 2001, rendues sur l'arrêt du 26 juin 2001, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) c/ Secretary of State for Trade and Industry*, aff. C-173/99, *Rec.*, p. I-4881, pts 26 à 28 ;

refuse en effet « à faire entrer la Charte dans l'acquis communautaire par des moyens détournés »²⁰¹. Soucieuse de respecter les termes de sa légitimité, elle « ne veut pas anticiper sur le processus politique »²⁰², et évite ainsi de se substituer à la « puissance constitutive » communautaire. Pour sa part, le TPICE n'a d'abord pas adopté une position conforme à celle de la CJCE. Sensible à l'intérêt substantiel de la Charte, tout comme les avocats généraux, il a longuement hésité avant de se rallier finalement aux positions de la Cour. Certains de ses membres n'ont toutefois pas succombé à la tentation de l'uniformisation. Conscients que la Charte ne pouvait en rester au stade pré-juridique, ils témoignent d'une volonté implicite, mais évidente, de se tenir prêts à l'appliquer.

654. Cette continuité de la controverse interne a certainement permis aux autres acteurs du contentieux communautaire de rester en veille, et spécialement à la Cour de faire face à l'utilisation de la Charte par les autres institutions, ce qui ne devait pas manquer de survenir²⁰³. Dans une affaire récente, la CJCE a ainsi été confrontée à une directive du Conseil prévoyant de « respecte[r] les droits fondamentaux et [d']observe[r] les principes qui sont reconnus notamment [...] par la charte des droits fondamentaux de

- Conclusions de l'avocat général MISCHO, 22 février 2001, rendues sur l'arrêt du 31 mai 2001, *D et Suède c/ Conseil*, aff. jointes C-122 et 125/99 P, *Rec.*, p. I-4319, pt 97 ; 20 septembre 2001, rendues sur l'arrêt du 10 juillet 2003, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*, aff. jointes C-20 et 64/00, *Rec.*, p. I-7411, pts 125 et 126 ;

- Conclusions de l'avocat général JACOBS, 22 mars 2001, rendues sur l'arrêt du 27 novembre 2001, *Z c/ Parlement*, aff. C-270/99 P, *Rec.*, p. I-9197, pt 40 ; 14 juin 2001, rendues sur l'arrêt du 9 octobre 2001, *Pays-Bas c/ Parlement et Conseil*, aff. C-377/98, *Rec.*, p. I-7079, pts 197 et 210 ;

- Conclusions de l'avocat général GEELHOED, 5 juillet 2001, rendues sur l'arrêt du 17 septembre 2002, *Maria Belen Baumbast et R c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-413/99, *Rec.*, p. I-7091, pts 59 et 110 ; 12 juillet 2001, rendues sur l'arrêt du 20 juin 2002, *Mulligan et autres*, aff. C-313/99, *Rec.*, p. I-5719, pt 28 ;

- Conclusions de l'avocat général LÉGER, 10 juillet 2001, rendues sur l'arrêt du 6 décembre 2001, *Conseil c/ Heidi Hautala*, aff. C-353/99 P, *Rec.*, p. I-9565 ; 10 juillet 2001, rendues sur l'arrêt du 19 février 2002, *Wouters et autres*, aff. C-309/99, *Rec.*, p. I-1577, pt 181 ;

- Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL, 31 mai 2001, rendues sur l'arrêt du 15 novembre 2001, *Commission c/ Italie*, aff. C-49/00, *Rec.*, p. I-8575, note n° 11 ; 12 juillet 2001, rendues sur l'arrêt du 13 décembre 2001, *Ingemar Nilsson c/ Länsstyrelsen i Norrbottens län*, aff. C-131/00, *Rec.*, p. I-10165, notes n° 9 et 18 ; 13 septembre 2001, rendues sur l'arrêt du 11 juillet 2002, *Carpenter*, aff. C-60/00, *Rec.*, p. I-6279, note n° 29 ; 13 septembre 2001, rendues sur l'arrêt du 25 juillet 2002, *MRAX*, aff. C-459/99, *Rec.*, p. I-6591, note n° 26 ; 27 novembre 2001, rendues sur l'arrêt du 11 juillet 2002, *Käserei Champignon Hofmeister*, aff. C-210/00, *Rec.*, p. I-6453, note n° 30 ; 6 décembre 2001, rendues sur l'arrêt du 19 mars 2002, *Commission c/ Italie*, aff. C-224/00, *Rec.*, p. I-2965, pt 58 ;

- et enfin Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, 4 décembre 2001, rendues sur l'arrêt du 5 novembre 2002, *Überseering BV c/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, aff. C-208/00, *Rec.*, p. I-9919, pt 59.

²⁰¹ F.C. MAYER, « La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne », *RTDE*, 2003, pp. 175-196, p. 193.

²⁰² *Id.*

²⁰³ Les institutions sont en effet favorables au développement des droits fondamentaux communautaires et ce, au moins depuis leur *Déclaration commune* du 5 avril 1977 (*Déclaration commune du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur les droits fondamentaux*, *JOCE*, C 103 du 27 avril 1977, pp. 1-2). Ayant activement participé à l'élaboration de la Charte et l'ayant proclamée le 7 décembre 2000, elles devaient certainement la promouvoir politiquement, ne serait-ce que sur le plan des principes.

l'Union européenne »²⁰⁴. Dès lors, la Cour accepte de traiter, pour la première fois et en formation la plus large, de la question de la Charte²⁰⁵. Le revirement de jurisprudence n'est pas loin même si la prudence prescrit de ne pas aller au-delà de termes qui ont dû être lourdement pesés.

655. Les oscillations du TPICE ne se sont donc pas révélées insensées. Des tâtonnements a progressivement surgi une position commune, mais la circonspection qu'ils avaient engendrée devait perdurer et permettre à la Cour de ne pas esquiver une évolution suggérée par le « pouvoir législatif » communautaire. De la sorte, les hésitations du TPICE (A), ainsi que le débat animé par les avocats généraux (B), ont grandement participé à préparer la CJCE à accepter d'envisager la Charte (C).

A. Les hésitations du TPICE

656. D'abord enclin à appliquer la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le TPICE a pu constater que la Cour, lorsqu'elle devait traiter des mêmes affaires en pourvoi, ne le suivait nullement. Aussi s'est-il ensuite rallié à la jurisprudence de la CJCE pour ne plus tenir compte d'un texte sans valeur juridique contraignante. Le tableau n° 33 suivant, relatant chronologiquement la jurisprudence du TPICE relative à la Charte (identifiée grâce à des recherches effectuées sur Internet), montre tout de même que la situation n'est pas aussi simple : certains arrêts apparaissent contradictoires. Il est toutefois intéressant de rapporter ces affaires à la formation de jugement qui les a traitées. Il devient alors possible de visualiser les différents partisans de la controverse. En tout cas, cela permet de mieux appréhender les termes du dialogue entre les juges communautaires et, spécialement ici, entre les juges du TPICE. En fait, la plupart des juges étaient d'abord favorables à l'utilisation de la Charte (1). Néanmoins, certains ont appuyé le ralliement à la position de la CJCE (2) ; mais, plus ou moins clairement, d'autres n'y consentent toujours pas (3).

1. La promotion de la Charte

657. Dans un premier temps, c'est-à-dire avant les arrêts de rupture *Lutz Herrera*²⁰⁶ et surtout *Pyres*²⁰⁷, le TPICE apparaissait favorable à l'utilisation de la Charte. Une lecture attentive de l'ensemble de la jurisprudence du Tribunal sur cette période révèle toutefois que sa position n'était pas forcément unanime. En particulier, la cinquième chambre n'avait jamais eu l'occasion de se prononcer sur la question. Il est

²⁰⁴ Directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, *relative au droit au regroupement familial*, JOUE L 251, pp. 12-18, deuxième cons., p. 12. Texte disponible sur Internet : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2003/l_251/l_25120031003fr00120018.pdf>.

²⁰⁵ CJCE, grande chambre, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769, spéc. pts 38 et 58.

²⁰⁶ TPICE, 28 octobre 2004, *Lutz Herrera c/ Commission*, aff. jointes T-219/02 et T-337/02, *Rec.*, p. II-1407, pt 88.

²⁰⁷ TPICE, 15 février 2005, *Pyres c/ Commission*, aff. T-256/01, *Rec.*, p. II-99, pt 66.

vrai que cela aurait pu tout simplement résulter du hasard des attributions des affaires par la présidence du Tribunal. Néanmoins, il s'avère que l'arrêt *Lutz Herrera* qui initia la rupture fut rendu par cette cinquième chambre. Son silence ne devait ainsi pas être interprété comme une approbation, mais plutôt comme une réflexion dubitative.

658. La cinquième chambre n'était d'ailleurs pas seule puisque la troisième chambre ne rendit son premier arrêt utilisant la Charte que fin 2004²⁰⁸. Se prononçant entre les arrêts *Lutz Herrera* et *Pyres*, elle avait certainement choisi d'abonder dans le sens de la position majoritaire adoptée d'abord par les première et deuxième chambres, notamment élargies, puis massivement défendue par la quatrième chambre²⁰⁹. En effet, sur les dix-huit affaires dans lesquelles la Charte fut invoquée par le juge sur cette période, trois furent rendues par la première chambre²¹⁰, quatre par la deuxième chambre²¹¹, et neuf par la quatrième chambre²¹². Adoptée tardivement, la position de la troisième chambre ne devait toutefois pas perdurer. Cette dernière accompagna au contraire rapidement le mouvement inverse conduit par la cinquième chambre.

2. L'alignement sur la position de la CJCE

659. Dans un second temps, la cinquième chambre se prononça à contre-courant de la jurisprudence majoritaire du TPICE. Certainement influencée par la propre position de la CJCE, elle considéra en effet que, malgré les diverses invocations par le

²⁰⁸ TPICE, 10 novembre 2004, *Vonier c/ Commission*, aff. T-165/03, *Rec.*, p. II-1575, pt 56. Certes, une autre affaire fut traitée antérieurement par cette troisième chambre, mais l'ordonnance ne fut rendue que par son président, les autres juges de cette chambre n'ayant pas eu à se prononcer. Voir TPICE, ordonnance, 11 janvier 2002, *Diputación Foral de Alava et autres c/ Commission*, aff. T-77/01_1, *Rec.*, p. II-81, pt 35.

²⁰⁹ Nous avons pu constater que la composition des chambres a pu évoluer sur cette période. Cela ne remet toutefois pas en cause nos constatations.

²¹⁰ Voir TPICE, 27 septembre 2002, *Tideland Signal c/ Commission*, aff. T-211/02, *Rec.*, p. II-3781, pt 37 ; 13 janvier 2004, *JCB Service c/ Commission*, aff. T-67/01, *Rec.*, p. II-49, pt 36. L'autre arrêt fut l'œuvre de la première chambre élargie : TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Cie SA c/ Commission*, aff. T-177/01, *Rec.*, p. II-2365, pts 42 et 47.

²¹¹ Voir TPICE, 29 avril 2004, *Tokai Carbon c/ Commission*, aff. jointes T-236, 239, 244 à 246, 251 et 252/01, *Rec.*, p. II-1181, pt 137 ; 8 juillet 2004, *JFE Engineering c/ Commission*, aff. jointes T-67, 68, 71 et 78/00, *Rec.*, p. II-2501, pt 178. Deux autres arrêts furent l'œuvre de la deuxième chambre élargie : TPICE, 30 janvier 2002, *max.mobil Telekommunikation Service c/ Commission*, aff. T-54/99, *Rec.*, p. II-313, pts 47, 48 et 57 ; 15 janvier 2003, *Philip Morris International Inc et autres c/ Commission*, aff. jointes T-377/00 T-379/00 T-380/00 T-260/01 et T-272/01, *Rec.*, p. II-1, pt 122.

²¹² Voir TPICE, deux arrêts du 9 juillet 2003, *Kyowa Hakko Kogyo et Kyowa Hakko Europe c/ Commission*, aff. T-223/00, *Rec.*, p. II-2553, pt 104, et *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients c/ Commission*, aff. T-224/00, *Rec.*, p. II-2597, pt 93 ; 30 septembre 2003, *Kenny c/ Cour de justice*, aff. T-302/02, *Rec.*, p. II-1137, pt 95 ; six arrêts du 14 octobre 2004, *Polinsky c/ Cour de justice*, aff. T-1/02, non publié, pt 99, *H. c/ Cour de justice*, aff. T-255/02, non publié, pts 103 et 108, *I. c/ Cour de justice*, aff. T-256/02, *Rec.*, p. II-1307, pts 105 et 110, *K. c/ Cour de justice*, aff. T-257/02, non publié, pts 104 et 109, *Sandini c/ Cour de justice*, aff. T-389/02, *Rec.*, p. II-1339, pts 113 et 118, et enfin *Cagnato c/ Cour de justice*, aff. T-390/02, non publié, pts 114 et 119.

Tribunal, la Charte demeurerait un outil juridique sans force contraignante, et ne pouvait, à ce titre, prétendre à la qualité de droit positif²¹³.

660. L'initiative, demeurée isolée du fait de l'absence première de traduction de l'arrêt, fut cependant relayée par la première chambre²¹⁴. Il est en fait probable que les juges furent sensibilisés, par la Cour, à la nécessité de laisser l'initiative à la « puissance constitutive » communautaire qui semblait de nouveau soutenir le traité établissant une Constitution pour l'Europe dans lequel figure la Charte²¹⁵. La tendance fut ensuite confortée par la non-utilisation de la Charte par la première chambre élargie²¹⁶, puis la troisième chambre²¹⁷, enfin la deuxième²¹⁸.

3. Le maintien de certaines résistances en faveur de la Charte

661. Malgré tout, la quatrième chambre apparaît vouloir résister à ce revirement. Aussi continue-t-elle de se référer à la Charte²¹⁹. Certes, dans un arrêt *Sumitomo*, elle se rallie à la position de la CJCE²²⁰. Néanmoins, et au regard de l'ambiguïté des termes de l'ordonnance ultérieure du président de cette chambre²²¹, il est

²¹³ Voir TPICE, 28 octobre 2004, *Lutz Herrera c/ Commission*, aff. jointes T-219/02 et T-337/02, *Rec.*, p. II-1407, pt 88 : « No obstante, si bien es cierto que la Carta ha sido invocada en varias ocasiones por los Tribunales comunitarios como fuente de inspiración para el reconocimiento y la protección de los derechos de los ciudadanos y como criterio de referencia de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario, no lo es menos que en el momento actual se trata de una declaración carente de fuerza jurídica vinculante (sentencia de 15 de enero de 2003, *Philip Morris International y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 y T-272/01, *Rec.* p. II-1, apartado 122). De hecho, la demandante admitió esta circunstancia en la vista al afirmar que la Carta no es un acto de Derecho positivo y que en este momento carece de efecto jurídico vinculante ». L'arrêt n'étant disponible qu'en espagnol sur Internet, la traduction proposée n'est pas officielle, bien qu'effectuée par la société de traduction AERA (<<http://www.aera.fr>>) : « 88 Néanmoins, s'il est certain que la Charte a été invoquée à plusieurs reprises par les juridictions communautaires comme source d'inspiration en matière de reconnaissance et de protection des droits des citoyens, et comme critère de référence concernant les droits garantis dans l'ordre juridique communautaire, il n'en est pas moins également avéré que celle-ci ne constitue à ce jour qu'une déclaration sans force juridique contraignante (arrêt du 15 janvier 2003, *Philip Morris International Inc et autres c/ Commission*, affaires jointes T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01, *Rec.* p. II-1, point 122). De fait, la partie demanderesse a admis cette circonstance au cours de l'audience, en affirmant que la Charte n'est pas un acte de droit positif et qu'elle n'est pour le moment pas dotée d'effet juridique contraignant ».

²¹⁴ TPICE, 15 février 2005, *Pyres c/ Commission*, aff. T-256/01, *Rec.*, p. II-99, pt 66.

²¹⁵ À propos de l'influence potentielle de la conjoncture sur le comportement du juge de la CJCE, voir *supra*, § 246.

²¹⁶ TPICE, 13 avril 2005, *Verein für Konsumenteninformation c/ Commission*, aff. T-2/03, *Rec.*, p. II-1121.

²¹⁷ TPICE, 4 mai 2005, *Schmit c/ Commission*, aff. T-144/03, *Rec.*, p. II-465.

²¹⁸ TPICE, 15 juin 2005, *Tokai Carbon c/ Commission*, aff. jointes T-71, 74, 87 et 91/03, non publié.

²¹⁹ TPICE, 13 juillet 2005, *Sunrider c/ OHMI (TOP)*, aff. T-242/02, *Rec.*, p. II-2793, pt 51.

²²⁰ TPICE, 6 octobre 2005, *Sumitomo Chemical c/ Commission*, aff. jointes T-22 et 23/02, *Rec.*, p. II-4065.

²²¹ TPICE, ordonnance, 3 avril 2006, *Deelstra ou The International Institute for the Urban Environment c/ Commission*, aff. T-74/05_1, *Rec.*, p. II-33*, pt 64 : « À cet égard, à l'appui de son recours et, notamment, de cette demande, le requérant se réfère à l'obligation de motivation, dont il estime qu'elle incombe à la Commission en vertu du principe fondamental de bonne administration tel qu'énoncé par l'article 41, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7

probable que la composition en chambre élargie pour l'affaire *Sumitomo* explique une telle attitude.

662. Ces tergiversations ne sont de toute façon pas l'apanage de la seule quatrième chambre. La cinquième chambre elle-même, ainsi que la troisième, ont en effet derechef hésité. D'une composition renouvelée, elles ont ainsi utilisé la Charte puis, un mois après, ne l'ont plus fait²²², bien que le dernier arrêt de la troisième chambre soit plus nuancé. Comme nous l'avons déjà souligné²²³, le juge ne s'aventure pas à déduire quoi que ce soit de la Charte ; il en laisse la responsabilité à la requérante. Cependant, il n'exclut pas la Charte de son raisonnement puisqu'il écarte l'argument de la requérante, non comme irrecevable du fait de l'absence de caractère contraignant de la Charte, mais comme n'étant substantiellement pas opportun en raison des limites inhérentes à tout droit fondamental.

663. Ses membres de nouveau modifiés, la cinquième chambre vient enfin de rendre un arrêt qui, s'il reste attentif à ne pas viser la Charte, se révèle d'une position également subtile²²⁴. Le juge était en fait confronté à une exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission. Était contestée l'invocation des principes visés aux articles 8 et 48 de la Charte par les requérants au sein de leur réplique. Or, comme le rappelle le Tribunal au point 174 :

« l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure interdit aux parties la production de moyens nouveaux en cours d'instance, à moins que ces moyens ne se fondent sur des éléments de droit ou de fait qui se sont révélés pendant la procédure ».

décembre 2000 (JO C 364, p. 1), ainsi que de l'article 3 du code de bonne conduite. Il s'ensuit que cette demande ne dérive pas des contrats et ne peut pas être considérée comme ayant un rapport direct avec les obligations qui en découlent [...]. Par conséquent, elle échappe à la compétence du Tribunal, en vertu de l'article 238 CE ».

Le président de la quatrième chambre n'énonce ainsi pas que la Charte ne relève pas du droit positif. Il préfère se retrancher derrière une question d'incompétence, et adopte alors la même position que dans les premières affaires relatives à la Charte, que la jurisprudence ultérieure permet de supposer favorables à son invocation : TPICE, 20 février 2001, *Mannesmannröhren-Werke AG c/ Commission*, aff. T-112/98, *Rec.*, p. II-729, pt 76 ; et ordonnance, 21 mai 2001, *Schaefer c/ Commission*, aff. T-52/01 R_1, *Rec.*, p. II-543, pt 44.

²²² Pour les arrêts rendus par la cinquième chambre, voir TPICE, 25 octobre 2005, *Groupe Danone c/ Commission*, aff. T-38/02, *Rec.*, p. II-4407, pt 216 ; et 24 novembre 2005, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-236/02, *Rec.*, p. II-1621. Pour les arrêts rendus par la troisième chambre, voir TPICE, 5 avril 2006, *Degussa AG c/ Commission*, aff. T-279/02, *Rec.*, p. II-897, pt 115 ; et 3 mai 2006, *Eurohypo AG c/ Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI)*, aff. T-439/04, *Rec.*, p. II-1269, pt 21 : « En outre, quant au caractère fondamental du droit de propriété intellectuelle, tel qu'il ressort, selon la requérante, de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte qui énonce que « [l]a propriété intellectuelle est protégée », il suffit de constater que ce droit n'est pas absolu et que la marque communautaire existe notamment dans les limites posées par l'article 4, combiné avec les articles 7 et 8 du règlement n° 40/94 ».

²²³ Voir *supra*, § 506.

²²⁴ TPICE, 7 juin 2006, *Österreichische Postsparkasse AG c/ Commission*, aff. jointes T-213 et 214/01, *Rec.*, p. II-1601, pts 174 à 177.

Toutefois, au point suivant et en application d'une jurisprudence constante²²⁵, le juge estime que, en l'espèce, « les arguments de la requérante se rattachent correctement aux éléments de droit qui se sont révélés pendant la procédure ». Si l'absence de réflexion sur la valeur juridique de la Charte pouvait laisser espérer une évolution, la suite de l'arrêt montre qu'il n'en est rien : le juge ne répond nullement au fond à l'argument des requérantes relatif à la Charte²²⁶. En d'autres termes, l'argument fondé sur la Charte est recevable, mais pas digne d'être traité.

664. En somme, la position du TPICE vis-à-vis de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'est pas définitive. Elle témoigne au contraire des doutes légitimes rencontrés par des juges soucieux de développer les droits fondamentaux communautaires, mais limités par les termes de leur légitimité. Son étude révèle en tout cas les échanges qui ont lieu entre ces juges, alors que l'absence d'avocats généraux au sein du TPICE ne permettait pas d'institutionnaliser le débat comme ce fut le cas devant la CJCE. Le dialogue des juges ne pouvait ainsi prendre qu'une forme différente devant cette dernière.

B. Le débat entre les avocats généraux et les juges de la CJCE

665. Les juges de la CJCE furent à l'évidence confrontés aux mêmes doutes que leurs homologues du TPICE. Néanmoins, la présence d'avocats généraux ayant pour mission de présenter à la Cour leur avis dans les affaires dont ils sont saisis a permis de déplacer le lieu du dialogue des juges. Dès lors, et au contraire du Tribunal, la Cour n'a pas discuté de la Charte entre chambres, mais en a laissé le soin à ses avocats généraux. Comme l'illustre d'ailleurs le tableau n° 34 ci-dessus, présentant chronologiquement la jurisprudence de la CJCE relative à la Charte (identifiée grâce à des recherches effectuées sur Internet), la Cour adopta quelles que soient ses formations de jugement, la même attitude d'ignorance vis-à-vis de la Charte. Son refus d'invoquer ce texte ne témoignait cependant pas d'un quelconque dédain à son encontre. Au contraire, la Cour s'est toujours montrée bienveillante envers les droits fondamentaux communautaires, mais toujours dans la limite des besoins de la *communautarité*²²⁷. Dans la mesure où la « puissance constitutive » communautaire n'a pas conféré de force contraignante à ce texte, la Cour se refusait alors à l'utiliser, en fait de manière à éviter de concurrencer cette « puissance ».

²²⁵ Voir par ex. CJCE, 12 juin 1958, *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse c/ Haute Autorité*, aff. 2/57, *Rec.*, p. 131, p. 146 ; et plus récemment TPICE, 10 avril 2003, *Travelex Global and Financial Services et Interpayment Services c/ Commission*, aff. T-195/00, *Rec.*, p. II-1677, pts 33 et 34.

²²⁶ *Id.* Voir le silence du juge suite au point 179 reprenant les arguments des requérants.

²²⁷ À propos de l'action pondérée de la Cour de justice au regard de la *communautarité*, voir *supra*, §§ 440-445.

33 - Jurisprudence du TPICE relative à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (à jour au 4 juillet 2006)											
Arrêt / ord.	Formation de jugement	Date	Parties	Affaires	Publication	Invocation de la Charte par ...		Pourvoi éventuel	Invocation de la Charte par...		
						... le requérant	... le juge		... le requérant	... l'avocat général	... le juge
Arrêt	première chambre élargie	20/02/2001	<i>Mannesmannröhren-Werke c/ Commission</i>	T-112/98	<i>Rec.</i> , p.II-729	oui	<i>non mais</i>	C-190/01 P radiation 04/10/2001	-	-	-
Ord.	président du tribunal	21/05/2001	<i>Schaefer c/ Commission</i>	T-52/01 R_1	<i>Rec.</i> , p. II-543	oui	<i>non mais</i>	-	-	-	-
Ord.	président du tribunal	09/08/2001	<i>De Nicola c/ BEI</i>	T-120/01 R_1	<i>Rec.</i> , p. II-783	oui	non	-	-	-	-
Ord.	président troisième chambre élargie	11/01/2002	<i>Diputación Foral de Alava et autres c/ Commission</i>	T-77/01_1	<i>Rec.</i> , p.II-81	oui	oui	-	-	-	-
Arrêt	deuxième chambre élargie	30/01/2002	<i>max.mobil Telekommunikation Service c/ Commission</i>	T-54/99	<i>Rec.</i> , p.II-313	non	oui	C-141/02 P	oui	oui	non
Ord.	président du tribunal	04/04/2002	<i>Technische Glaswerke Ilmenau c/ Commission</i>	T-198/01 R_1	<i>Rec.</i> , p.II-2153	oui	oui	C-232/02 P R	oui	-	non
Arrêt	première chambre élargie	03/05/2002	<i>Jégo-Quéré c/ Commission</i>	T-177/01	<i>Rec.</i> , p.II-2365	non	oui	C-263/02 P	non	non	non
Arrêt	première chambre	27/09/2002	<i>Tideland Signal c/ Commission</i>	T-211/02	<i>Rec.</i> , p.II-3781	non	oui	-	-	-	-
Arrêt	deuxième chambre élargie	15/01/2003	<i>Philip Morris International c/ Commission</i>	T-377/00	<i>Rec.</i> , p.II-1	non	oui	C-146/03 P radiation 17/11/2003	-	-	-
Arrêt	première chambre	26/02/2003	<i>Lucaccioni c/ Commission</i>	T-212/01	<i>Rec.</i> , p. II-387	oui	non	C-196/03 P_1	oui	-	non
Arrêt	première chambre	26/02/2003	<i>Nardone c/ Commission</i>	T-59/01	<i>Rec.</i> , p. II-323	oui	non	C-181/03 P	non	oui	non
Ord.	quatrième chambre	21/03/2003	<i>Etablissements Toulorge c/ Parlement et Conseil</i>	T-167/02	<i>Rec.</i> , p.II-1111	oui	non	-	-	-	-
Ord.	président troisième chambre	25/03/2003	<i>J c/ Commission</i>	T-243/02_1	<i>Rec.</i> , p. II-523	oui	non	-	-	-	-
Arrêt	quatrième chambre	09/07/2003	<i>Kyowa Hakko Kogyo et Kyowa Hakko Europe c/ Commission</i>	T-223/00	<i>Rec.</i> , p.II-2553	non	oui	-	-	-	-
Arrêt	quatrième chambre	09/07/2003	<i>Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients c/ Commission</i>	T-224/00	<i>Rec.</i> , p.II-2597	non	oui	C-397/03 P	non	non	non

Arrêt	première chambre élargie	05/08/2003	<i>P&O European Ferries (Vizcaya) c/ Commission</i>	T-116/01 T-118/01	Rec., p.II-2957	non	oui	C-442/03 P	non	non	non
Arrêt	quatrième chambre	30/09/2003	<i>Kenny c/ Cour de justice</i>	T-302/02	Rec., p. II-1137	oui	oui	-	-	-	-
Ord.	président troisième chambre	02/12/2003	<i>Viomichania Syskevasias Typopoiisis Kai Syntirisis Agrotikon Proïonton c/ Commission</i>	T-334/02_1	Rec., p.II-5121	oui	non	-	-	-	-
Arrêt	première chambre	13/01/2004	<i>JCB Service c/ Commission</i>	T-67/01	Rec., p.II-49	non	oui	en cours C-167/04 P	non	non	-
Ord.	président troisième chambre	02/04/2004	<i>Gonnelli et AIFO c/ Commission</i>	T-231/02_1	Rec., p.II-1051	oui	non	-	-	-	-
Arrêt	deuxième chambre	29/04/2004	<i>Tokai Carbon c/ Commission</i>	T-236, 239, 244 à 246, 251, 252/01	Rec., p.II-1181	oui	oui	-	-	-	-
Ord.	président troisième chambre	25/05/2004	<i>Schmoltdt et autres c/ Commission</i>	T-264/03	Rec., p.II-1515	oui	non	C-342/04 P_1	oui	-	non
Ord.	président troisième chambre	06/07/2004	<i>Alpenhain-Camembert-Werk et autres c/ Commission</i>	T-370/02_1	Rec., p.II-2097	oui	non	-	-	-	-
Arrêt	deuxième chambre	08/07/2004	<i>JFE Engineering c/ Commission</i>	T-67, 68, 71 et 78/00	Rec., p.II-2501	non	oui	-	-	-	-
Arrêt	quatrième chambre	14/10/2004	<i>Polinsky c/ Cour de justice</i>	T-1/02	non publié	oui	oui	-	-	-	-
Arrêt	quatrième chambre	14/10/2004	<i>H c/ Cour de justice</i>	T-255/02	non publié	oui	oui	-	-	-	-
Arrêt	quatrième chambre	14/10/2004	<i>I c/ Cour de justice</i>	T-256/02	Rec., p.II-1307	oui	oui	-	-	-	-
Arrêt	quatrième chambre	14/10/2004	<i>K c/ Cour de justice</i>	T-257/02	non publié	oui	oui	-	-	-	-
Arrêt	quatrième chambre	14/10/2004	<i>Sandini c/ Cour de justice</i>	T-389/02	Rec., p. II-1339	oui	oui	-	-	-	-
Arrêt	quatrième chambre	14/10/2004	<i>Cagnato c/ Cour de justice</i>	T-390/02	non publié	oui	oui	-	-	-	-
Arrêt	cinquième chambre	28/10/2004	<i>Lutz Herrera c/ Commission</i>	T-219/02 T-337/02	Rec., p. II-1407	oui	oui mais	-	-	-	-
Arrêt	troisième chambre	10/11/2004	<i>Vonier c/ Commission</i>	T-165/03	Rec., p. II-1575	non	oui	-	-	-	-
Arrêt	première chambre	15/02/2005	<i>Pyres c/ Commission</i>	T-256/01	pas encore publié	oui	oui mais	-	-	-	-
Arrêt	première chambre élargie	13/04/2005	<i>Verein für Konsumenteninformation c/ Commission</i>	T-2/03	pas encore publié	oui	non	-	-	-	-

Arrêt	troisième chambre	04/05/2005	<i>Schmit c/ Commission</i>	T-144/03	pas encore publié	oui	non	-	-	-	-
Arrêt	deuxième chambre	15/06/2005	<i>Tokai Carbon c/ Commission</i>	T-71, 74, 87 et 91/03	non publié	oui	non	-	-	-	-
Ord.	président cinquième chambre	28/06/2005	<i>Eridania Sadam e.a. c/ Commission</i>	T-386/04_1	pas encore publié	oui	non	-	-	-	-
Arrêt	quatrième chambre	13/07/2005	<i>Sunrider c/ OHMI (TOP)</i>	T-242/02	pas encore publié	non	oui	-	-	-	-
Arrêt	juge unique	14/07/2005	<i>Pinheiro de Jesus Ferreira c/ Commission</i>	T-459/04	non publié	oui	non	-	-	-	-
Ord.	président deuxième chambre	22/07/2005	<i>Polyelectrolyte Producers Group c/ Conseil et Commission</i>	T-376/04_1	pas encore publié	oui	non	en cours C-368/05 P	-	-	-
Arrêt	quatrième chambre élargie	06/10/2005	<i>Sumitomo Chemical c/ Commission</i>	T-22/02 T-23/02	pas encore publié	oui	non	-	-	-	-
Arrêt	cinquième chambre	25/10/2005	<i>Groupe Danone c/ Commission</i>	T-38/02	pas encore publié	non	oui	en cours C-3/06 P	-	-	-
Arrêt	cinquième chambre	24/11/2005	<i>Marcuccio c/ Commission</i>	T-236/02	pas encore publié	oui	non	en cours C-59/06	-	-	-
Arrêt	deuxième chambre élargie	14/12/2005	<i>General Electric c/ Commission</i>	T-210/01	pas encore publié	oui	non	-	-	-	-
Ord.	président deuxième chambre	16/02/2006	<i>Centro Europa 7 c/ Commission</i>	T-338/04_1	pas encore publié	oui	non	-	-	-	-
Ord.	président quatrième chambre	03/04/2006	<i>Deelstra ou The International Institute for the Urban Environment c/ Commission</i>	T-74/05_1	pas encore publié	oui	non mais	-	-	-	-
Arrêt	troisième chambre	05/04/2006	<i>Degussa c/ Commission</i>	T-279/02	pas encore publié	oui	oui	en cours C-266/06 P	-	-	-
Arrêt	troisième chambre	03/05/2006	<i>Eurohypo c/ OHMI (EUROHYPO)</i>	T-439/04	pas encore publié	oui	non mais	-	-	-	-
Arrêt	cinquième chambre	07/06/2006	<i>Österreichische Postsparkasse AG c/ Commission</i>	T-213/01 T-214/01	pas encore publié	oui	non	-	-	-	-

34 - Jurisprudence de la CJCE relative à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (à jour au 4 juillet 2006)								
Arrêt / ord.	Formation de jugement	Date	Parties	Affaires	Publication	Invocation de la Charte par...		
						... le requérant	... l'avocat général	... le juge
Ord.	président Cour	18/10/2002	<i>Commission c/ Technische Glaswerke Ilmenau</i>	C-232/02 P (R)_1	Rec., p.I-8977	oui	-	oui
Arrêt	Cour	10/12/2002	<i>British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco</i>	C-491/01	Rec., p.I-11453	oui	oui	non
Arrêt	Cour	20/05/2003	<i>Österreichischer Rundfunk et autres</i>	C-465/00 C-138 et 139/01	Rec., p.I-4989	oui	oui	non
Arrêt	cinquième chambre	23/10/2003	<i>RTL Television</i>	C-245/01	Rec., p.I-12489	oui	non	non
Arrêt	Cour	06/11/2003	<i>Bodil Lindqvist c/ Åklagarkammaren i Jönköping</i>	C-101/01	Rec., p.I-12971	oui	non	non
Arrêt	cinquième chambre	07/01/2004	<i>Aalborg Portland c/ Commission</i>	C-204, 205, 211, 213, 217 et 219/00 P	Rec., p.I-123	oui	oui	non
Ord.	cinquième chambre	19/03/2004	<i>Lucaccioni c/ Commission</i>	C-196/03 P_1	Rec., p.I-2683	oui	-	non
Arrêt	sixième chambre	01/04/2004	<i>Commission c/ Jégo-Quéré</i>	C-263/02 P	Rec., p.I-3425	oui	non	non
Ord.	quatrième chambre	22/06/2004	<i>Meyer c/ Commission</i>	C-151/03 P_1	non publiée	oui	-	non
Arrêt	deuxième chambre	07/10/2004	<i>Mag Instrument c/ OHMI</i>	C-136/02 P	Rec., p.I-9165	oui	oui	non
Arrêt	grande chambre	22/02/2005	<i>Commission c/ max.mobil Telekommunikation Service</i>	C-141/02 P	Rec., p.I-1283	oui	oui	non
Ord.	sixième chambre	03/03/2005	<i>Dipace c/ Italie</i>	C-315/04 P_1	non publiée	oui	-	non
Arrêt	deuxième chambre	12/05/2005	<i>Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSA</i>	C-347/03	Rec., p.I-3785	oui	oui	non
Ord.	quatrième chambre	03/06/2005	<i>Killinger c/ Allemagne e.a.</i>	C-396/03 P_1	Rec., p.I-4967	oui	-	non
Ord.	cinquième chambre	16/09/2005	<i>Schmoldt e.a. c/ Commission</i>	C-342/04 P_1	non publiée	oui	-	non
Ord.	quatrième chambre	06/10/2005	<i>Vajnai</i>	C-328/04_1	Rec., p.I-8577	oui	-	non
Arrêt	grande chambre	06/12/2005	<i>Fratelli Martini et Cargill, Nederlandse Vereniging Diervoederindustrie Nevedi, ABNA e.a.</i>	C-11, 12, 194 et 453/04	pas encore publiée	oui	non	non
Arrêt	deuxième chambre	19/01/2006	<i>AIT c/ Commission</i>	C-547/03 P	pas encore publiée	oui	non	non
Ord.	deuxième chambre	11/05/2006	<i>Confcooperative e.a.</i>	C-231/04_1	pas encore publiée	oui	-	non
Arrêt	grande chambre	27/06/2006	<i>Parlement c/ Conseil</i>	C-540/03	pas encore publiée	oui	oui	oui

666. Comme le soulignait un ancien juge de la CJCE, trois manières de se référer à la Charte s'offraient toutefois à la Cour : de façon complémentaire, par le biais des PGDC, ou en traitant la Charte en tant qu'accord interinstitutionnel²²⁸ produisant des effets juridiques au moins entre les institutions²²⁹. Les avocats généraux étaient favorables à l'invocation de la Charte. Ils tentèrent donc de convaincre la Cour par chacun de ces moyens. Celle-ci resta cependant impassible, ce qui ne devait pas manquer de sanctionner, au moins implicitement, ses avocats généraux. En tout cas, plusieurs l'entendirent ainsi puisque même l'auteur des audacieuses conclusions *UPA*, l'avocat général JACOBS, se rangea à la position de la Cour. Une approche chronologique des affaires révèle cependant que le débat auprès des avocats généraux n'était pas tranché, bien au contraire. Certains ont ainsi continué de se référer à la Charte. D'autres ont tergiversé. Finalement, le silence plus ou moins réprobateur de la Cour a initié un véritable débat : à la volonté unanime des avocats généraux d'utiliser la Charte (1) a succédé une période de questionnements (2) qui devaient, au fond, permettre la maturation de la jurisprudence communautaire à l'égard de la Charte.

1. La volonté unanime des avocats généraux non suivie par la CJCE

667. Dans un premier temps, les avocats généraux, tous ralliés à la cause de la Charte en 2001²³⁰, proposèrent à la Cour de l'invoquer. Néanmoins, ils étaient conscients que le texte n'avait pas de force juridique contraignante, et l'avouaient même explicitement²³¹. Aussi s'efforcèrent-ils de souligner les différents moyens autorisant l'utilisation de la Charte.

668. D'abord, l'avocat général TIZZANO ne nous semble pas indifférent à la théorie de l'acte interinstitutionnel lorsque, à propos de certains droits sociaux, il insiste sur leur « confirmation solennelle dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 par le Parlement européen, le Conseil et la Commission après avoir été approuvée par les chefs d'État et de gouvernement des États membres, souvent sur mandat exprès et spécifique des parlements nationaux »²³². Il est vrai que certains auteurs estiment que la Charte « peut être considérée, en son état actuel,

²²⁸ M. WATHELET, « La Charte des droits fondamentaux : un bon pas dans une course qui reste longue », *op. cit.*, p. 591.

²²⁹ Pour la doctrine, la question de la valeur juridique des accords interinstitutionnels est controversée. Il n'en demeure pas moins que la Cour a pu reconnaître la force contraignante des engagements pris, entre les institutions. Se référer notamment à l'annulation d'une décision du Conseil contraire à un « arrangement » entre le Conseil et la Commission : CJCE, 19 mars 1996, *Commission c/ Conseil*, aff. C-25/94, *Rec.*, p. I-1469, pts 48 à 51.

²³⁰ Voir *supra*, § 653.

²³¹ Voir par ex. Conclusions de l'avocat général JACOBS, 22 mars 2001, rendues sur l'arrêt du 27 novembre 2001, *Z c/ Parlement*, aff. C-270/99 P, *Rec.*, p. I-9197, pt 40.

²³² Conclusions de l'avocat général TIZZANO, 8 février 2001, rendues sur l'arrêt du 26 juin 2001, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) c/ Secretary of State for Trade and Industry*, aff. C-173/99, *Rec.*, p. I-4881, pt 26. Nous soulignons.

comme un accord interinstitutionnel »²³³, tout comme la *Déclaration commune* de 1977. Certes, la Charte a été proclamée par les trois institutions, ce qui remplit le nouveau critère organique de l'accord interinstitutionnel posé par la déclaration n° 3 annexée au traité de Nice. Néanmoins, nous sommes plus réservée quant à l'existence du critère déterminant au regard de la jurisprudence communautaire : le texte doit exprimer la volonté de chaque institution de conférer des effets juridiques réciproques à leur accord, pour que ces effets puissent leur être opposables²³⁴. Or, l'acte de proclamation de la Charte nous semble trop lacunaire, car les institutions n'y indiquent que « proclamer » la Charte sans exprimer une quelconque volonté de s'y soumettre²³⁵, au contraire des propos tenus au sein de la Déclaration de 1977²³⁶. La proclamation ne prend alors que des allures de reconnaissance ou de révélation publique, mais semble difficilement assimilable à un accord par lequel les institutions se sont obligées réciproquement. C'est certainement pour cela que les avocats généraux n'ont pas approfondi cette piste de réflexion.

Ensuite, plusieurs avocats ont tenté de rapprocher les éléments de la Charte des PGDC existants. Par exemple, ils ont voulu montrer les potentialités de la Charte pour la création de nouveaux principes généraux. Notamment, ils en ont dégagé le principe de la protection juridictionnelle effective²³⁷.

Enfin, les dispositions de la Charte sont régulièrement utilisées en complément du droit existant²³⁸.

669. Néanmoins, la Cour n'a jamais fait suite à de telles propositions. S'estimant liée par la « puissance constitutive » communautaire, la Cour n'a certainement pas voulu court-circuiter le processus « constitutif » en cours. Aussi a-t-elle refusé de voir en la Charte qu'un simple accord interinstitutionnel, alors que ce texte a pour ambition d'être doté d'une force juridique contraignante de valeur suprême.

²³³ J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., 2002, 1098 p., pp. 171 et 174. Voir également C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, Juris-Classer, 2004, 494 p., § 573, pp. 357-358, p. 357.

²³⁴ À ce sujet, se référer à J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, op. cit., pp. 170-178, spéc. p. 177. Voir également C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., § 573, pp. 357-358, p. 358.

²³⁵ Il n'est en effet uniquement indiqué que : « Le Parlement européen, le Conseil et la Commission proclament solennellement en tant que Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne le texte repris ci-après ».

²³⁶ Le contenu de la Déclaration commune est à ce titre explicite : « 2. Dans l'exercice de leurs pouvoirs et en poursuivant les objectifs des Communautés européennes, ils respectent et continueront à respecter ces droits » fondamentaux.

²³⁷ Voir spéc. Conclusions de l'avocat général JACOBS, 21 mars 2001, rendues sur l'arrêt du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pts 39 et 49. Se référer également aux Conclusions de l'avocat général GEELHOED, 10 septembre 2002, rendues sur l'arrêt du 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd c/ Secretary of State for Health*, aff. C-491/01, *Rec.*, p. I-11453, pt 47.

²³⁸ Voir par ex. Conclusions de l'avocat général JACOBS, 22 mars 2001, rendues sur l'arrêt du 27 novembre 2001, *Z c/ Parlement*, aff. C-270/99 P, *Rec.*, p. I-9197, pt 40 ; ou encore Conclusions de l'avocat général LÉGER, 10 juillet 2003, rendues sur l'arrêt du 22 janvier 2004, *Olli Mattila c/ Conseil et Commission*, aff. C-353/01 P, *Rec.*, p. I-1073, pt 76.

Il n'était pas non plus question de dévaloriser le résultat de ce processus « constitutif ». D'une part, l'affirmation d'un quelconque rôle confortatif de la Charte aurait pu servir d'alibi à certains États membres : à quoi bon conférer une valeur contraignante à un texte qui ne fait que confirmer le droit existant... D'autre part, si la Cour avait choisi de dégager de nouveaux PGDC à partir de l'enrichissement du contenu des droits fondamentaux communautaires par la Charte, certains États auraient pu avoir la tentation d'esquiver les négociations politiques et, surtout, l'affront potentiel de leurs citoyens. En se retranchant derrière la jurisprudence de la Cour de justice, et même en comptant dessus, ils auraient conféré à cette juridiction une envergure « constitutive » qu'elle n'a jamais voulu assumer, au risque de devenir un « gouvernement des juges »²³⁹. Au moment où la Charte devenait partie du traité établissant une Constitution pour l'Europe, la CJCE n'a ainsi pas voulu interférer avec la « puissance constitutive » communautaire et surtout, selon nous, risquer de participer à son échec. De ce fait, certains avocats généraux ont, dans un second temps, modifié leur position pour s'adapter à la jurisprudence de la CJCE.

2. Les tergiversations initiées par le silence de la CJCE

670. En premier lieu, l'avocat général TIZZANO hésita longuement. D'abord, il s'aligne sur le refus d'utiliser la Charte²⁴⁰ puis, deux mois plus tard, s'y réfère de nouveau, quoique plus sommairement *via* une note de bas de page²⁴¹. Enfin lors de ses dernières conclusions sur une affaire où les requérants invoquaient la Charte²⁴², il choisit de privilégier son respect pour la CJCE et ne la mentionne pas²⁴³.

671. En deuxième lieu, l'ancien avocat général JACOBS qui s'était montré si partisan des droits fondamentaux communautaires et spécialement de la Charte, n'a pas été suivi dans la jurisprudence *UPA* de la CJCE. Par la suite, et vraisemblablement en conséquence, il s'est refusé à viser la Charte dans deux affaires ultérieures (dont le pourvoi formé à l'encontre de l'emblématique arrêt *Jégo-Quéré* du TPICE)²⁴⁴.

Néanmoins, dans une affaire postérieure, il se réfère de nouveau à la Charte. Devant réfléchir sur une question préjudicielle à propos notamment du « droit de

²³⁹ Voir not. à ce sujet *supra*, §§ 432-445.

²⁴⁰ Voir son silence dans Conclusions de l'avocat général TIZZANO, 19 septembre 2002, rendues sur l'arrêt du 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist*, aff. C-101/01, *Rec.*, p. I-12971.

²⁴¹ Conclusions de l'avocat général TIZZANO, 14 novembre 2002, rendues sur l'arrêt du 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk et autres*, aff. jointes C-465/00, C-138 et 139/01, *Rec.*, p. I-4989, note n° 3.

²⁴² L'avocat général TIZZANO a effectivement quitté son poste le 3 mai 2006. Il est remplacé par l'avocat général MENGIOZZI qui, au 4 juillet 2006, n'a encore rendu aucune conclusion. Nous ne pouvons donc pas préciser sa position vis-à-vis de la Charte.

²⁴³ Conclusions de l'avocat général TIZZANO, 7 avril 2004, rendues sur l'arrêt du 6 décembre 2005, *Fratelli Martini et Cargill, Nederlandse Vereniging Diervoederindustrie Nevedi, ABNA e.a.*, aff. jointes C-453/03 et C-11, 12 et 194/04, *Rec.*, p. I-10423.

²⁴⁴ Conclusions de l'avocat général JACOBS, 22 mai 2003, rendues sur l'arrêt du 23 octobre 2003, *RTL Télévision*, aff. C-245/01, *Rec.*, p. I-12489 ; et, surtout, 10 juillet 2003, rendues sur l'arrêt du 1^{er} avril 2004, *Commission c/ Jégo-Quéré*, aff. C-263/02 P, *Rec.*, p. I-3425.

propriété visé à l'article 1^{er} du protocole n° 1 de la CEDH et repris par l'article 17 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »²⁴⁵, l'avocat général JACOBS n'élude pas la dernière référence. Non seulement il complète son raisonnement relatif à la CESDH en considérant que « [d]es considérations analogues à celles qui viennent d'être développées ci-dessus s'appliquent à l'article 17 de la charte »²⁴⁶, mais encore il conclut en se fondant sur le « sens de l'article 1^{er} du protocole n° 1 de la CEDH ou de l'article 17 de la charte »²⁴⁷. En d'autres termes, il n'envisage pas la Charte dans un rôle confortatif mais alternatif²⁴⁸.

Le revirement d'opinion a de quoi surprendre, d'autant que l'avocat général JACOBS ne profite pas des affaires ultérieures dans lesquelles des (ou les) droits fondamentaux sont en cause pour réitérer sa position²⁴⁹. Il n'évoque de nouveau la Charte que dans une affaire pour laquelle elle ne pouvait temporellement pas s'appliquer²⁵⁰. Il prend tout de même le soin de préciser que la Charte a été « solennellement proclamée à Nice en décembre 2000 par le Parlement, le Conseil et la Commission »²⁵¹, ce qui n'est pas sans rappeler la théorie de l'acte interinstitutionnel.

L'attitude de l'avocat général JACOBS n'apparaît alors pas des plus cohérentes. De ce fait, elle mérite quelques éclaircissements. Nous pensons en fait qu'il a été motivé par la perspective de son départ de la CJCE, effectif le 10 janvier 2006. Sous cet angle, il s'avère que les affaires dans lesquelles il s'intéresse à la Charte étaient les dernières de sa carrière communautaire à ce sujet. Il en a vraisemblablement profité pour exprimer ses convictions profondes en faveur des droits fondamentaux et de la Charte, un peu comme avait déjà pu le faire l'ancien président de la CJCE RODRIGUEZ IGLESIAS²⁵². L'avocat

²⁴⁵ Conclusions de l'avocat général JACOBS, 16 décembre 2004, rendues sur l'arrêt du 12 mai 2005, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSA*, aff. C-347/03, *Rec.*, p. I-3785, pt 91 reprenant l'objet de la septième question préjudicielle posée par le tribunal administratif italien du Lazio.

²⁴⁶ *Ibid.*, pt 106.

²⁴⁷ *Ibid.*, pt 111, 3). Nous soulignons.

²⁴⁸ Certes, le *Petit Larousse* de 2006 considère que le mot « ou » peut induire aussi bien une équivalence qu'une alternative. Pourtant, *Le nouveau Littré* de 2004 n'envisage que l'alternative, tout comme M. GREVISSE. L'équivalence doit alors être marquée par l'adjonction de « bien » ou « encore ». Voir M. GREVISSE, *Le bon usage – grammaire française*, Paris, Gembloux, éd. Duculot, 12^{ème} éd., 1986, 1768 p., § 1033, a), p. 1567.

D'ailleurs, la version anglaise initiale du mot « ou » (*or*) doit, dans ce contexte, être interprétée comme une alternative comme nous l'a confirmé la société de traductions AERA (<<http://www.aera.fr>>). La lecture de la version allemande du mot (*oder*) qui n'implique que l'alternative corrobore enfin que la lecture du texte français doit se fonder sur la définition du *nouveau Littré* de 2004.

²⁴⁹ L'avocat général JACOBS a en effet connu au moins 4 affaires dans lesquelles les droits de la défense, l'interdiction des discriminations, les droits fondamentaux en général ou encore les droits de la défense et la présomption d'innocence étaient successivement en cause. Voir resp. Conclusions de l'avocat général JACOBS, 20 janvier 2005, rendues sur l'arrêt du 9 juin 2005, *Espagne c/ Commission*, aff. C-287/02, *Rec.*, p. I-5093, pt 38 ; 30 juin 2005, rendues sur l'arrêt du 27 avril 2006, *Familiensache : Standesamt Stadt Niebüll*, aff. C-96/04, *Rec.*, p. I-3561 ; 27 septembre 2005, rendues sur l'arrêt du 2 mai 2006, *Eurofood IFSC*, aff. C-341/04, *Rec.*, p. I-3813, pt 127 ; 15 décembre 2005, rendues sur l'arrêt du 21 septembre 2006, *JCB Service c/ Commission*, aff. C-167/04 P, *Rec.*, p. I-8935.

²⁵⁰ Conclusions de l'avocat général JACOBS, 27 octobre 2005, rendues sur l'affaire en cours, *Maria-Luise Lindorfer c/ Conseil*, aff. C-227/04 P, pts 89 et 90.

²⁵¹ *Ibid.*, pt 89.

²⁵² Le président RODRIGUEZ IGLESIAS avait en effet profité d'une ordonnance qu'il devait rendre seul pour invoquer la Charte à titre confortatif. Dans la mesure où il quitta la Cour le 6 octobre 2003, cette affaire

général JACOBS est toutefois demeuré mesuré, soucieux de son respect envers la CJCE. Aussi n'a-t-il envisagé la Charte uniquement lorsqu'elle était déjà invoquée par les requérants.

672. Si l'avocat général SHARPSTON qui a succédé à l'avocat général JACOBS, devait perpétuer le refus de principe d'invoquer la Charte²⁵³, les réflexions de l'ancien avocat général JACOBS ne sont certainement pas passées inaperçues aux yeux des autres avocats généraux. Certes, plusieurs n'ont jamais voulu suivre le silence de la CJCE après 2001²⁵⁴, que ce soient les avocats généraux en fonction au moins depuis 2001²⁵⁵, ceux ayant quitté leur fonction depuis (à l'exception des avocats généraux JACOBS et TIZZANO dont nous avons déjà parlé)²⁵⁶ ou ceux arrivés ultérieurement²⁵⁷. Cependant, d'autres ont

consistait pour lui la seule opportunité de faire connaître son opinion. Il s'agissait peut-être aussi d'inciter les autres membres de la CJCE à suivre son mouvement, en se prononçant ainsi dans la première affaire évoquant la Charte. La Cour, réunie en formation plénière, ne devait toutefois pas adopter la même attitude comme expliqué précédemment. Voir CJCE, ordonnance, 18 octobre 2002, *Commission c/ Technische Glaswerke Ilmenau*, aff. C-232/02 P (R)_1, *Rec.*, p. I-8977, pt 85, non suivie dans l'arrêt du 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd c/ Secretary of State for Health*, aff. C-491/01, *Rec.*, p. I-11453.

²⁵³ Conclusions de l'avocat général SHARPSTON, 6 avril 2006, rendues sur l'arrêt du 12 septembre 2006, *Reynolds Tobacco e.a. / Commission*, aff. C-131/03, *Rec.*, p. I-7795.

²⁵⁴ Pour les prises de position de l'ensemble des avocats généraux de 2001 en faveur de l'utilisation de la Charte par la Cour de justice, voir *supra*, § 653.

²⁵⁵ L'ancien avocat général LÉGER, tout juste remplacé par l'avocat général BOT, a ainsi toujours maintenu sa position adoptée en 2001. Voir Conclusions de l'avocat général LÉGER, 8 avril 2003, rendues sur l'arrêt du 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.*, p. I-10239, note n° 99 ; 10 juillet 2003, rendues sur l'arrêt du 22 janvier 2004, *Olli Mattila c/ Conseil et Commission*, aff. C-353/01 P, *Rec.*, p. I-1073, pt 76 ; 13 juillet 2004, rendues sur l'arrêt du 14 octobre 2004, *Mærsk Olie & Gas*, aff. C-39/02, *Rec.*, p. I-9657, pt 36 ; 23 septembre 2004, rendues sur l'arrêt du 16 décembre 2004, *EU-Wood-Trading*, aff. C-277/02, *Rec.*, p. I-11957, pt 9 ; 20 octobre 2005, rendues sur l'arrêt du 9 février 2006, *Sfakianakis AEVE c/ Elliniko Dimosio*, aff. jointes C-23 à 25/04, *Rec.*, p. I-1265, pt 50 ; et 22 novembre 2005, rendues sur l'arrêt du 30 mai 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. jointes 317 et 318/04, *Rec.*, p. I-4721, pt 23.

Il en est de même pour l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, voir *infra*, § 674, note n° 263.

²⁵⁶ À notre connaissance, l'avocat général MISCHO n'a rendu aucune conclusion sur des affaires dans lesquelles la Charte était impliquée avant de quitter la CJCE le 6 octobre 2003. Il n'a donc pas pu infirmer sa position de 2001. Il semble que nous devons ainsi considérer qu'il était plutôt favorable à l'utilisation de la Charte par la Cour de justice. Pour sa part, l'avocat général ALBER qui a également quitté ses fonctions le 6 octobre 2003 a confirmé sa position initiale de 2001. Voir Conclusions de l'avocat général ALBER, 24 octobre 2002, rendues sur l'arrêt du 4 décembre 2003, *Evans*, aff. C-63/01, *Rec.*, p. I-14447, pt 80.

²⁵⁷ La situation des avocats généraux MENGIOZZI et SHARPSTON ayant déjà été présentée (voir *supra*, notes n° 242 et 253, nous nous intéresserons ici uniquement aux avocats généraux KOKOTT et POIARES PESSOA MADURO, respectivement successeurs des avocats généraux ALBER et MISCHO.

L'avocat général KOKOTT se révèle particulièrement encline à utiliser la Charte des droits fondamentaux. En effet, elle a rendu pas moins de 8 conclusions dans lesquelles elle s'y réfère au moins dans les notes de bas de page. Voir Conclusions de l'avocat général KOKOTT, 12 février 2004, rendues sur l'arrêt du 8 juin 2004, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, aff. C-220/02, *Rec.*, p. I-5907, pt 39 ; 19 février 2004, rendues sur l'arrêt du 1^{er} juillet 2004, *Tsapalos et Diamantakis*, aff. jointes 361 et 362/02, *Rec.*, p. I-6405, note n° 23 ; 30 mars 2004, rendues sur l'arrêt du 9 septembre 2004, *Commission c/ Grèce*, aff. C-417/02, *Rec.*, p. I-7973, note n° 10 ; 10 juin 2004, rendues sur l'arrêt du 11 novembre 2004, *Niselli*, aff. C-457/02, *Rec.*, p. I-10853, pts 54 et 64 ; 14 octobre 2004, rendues sur l'arrêt du 3 mai 2005, *Berlusconi et autres*, aff. jointes C-287, 391 et 403/02, *Rec.*, p. I-3565, pts 109, 141 et 156 ; 11 novembre 2004, rendues sur l'arrêt du 16 juin 2005, *Pupino*, aff. C-105/03, *Rec.*, p. I-5285, pts 41, 57 et 66 ; 27 janvier 2005, rendues sur l'arrêt du 21 avril 2005, *Housieaux*, aff. C-186/04, *Rec.*, p. I-3299, notes n° 11, 12, 15, 16 et 23 ; 10 mars 2005, rendues sur l'arrêt du 31 janvier 2006, *Commission c/ Espagne*, aff. C-503/03, *Rec.*, p. I-1097,

adopté des positions variables, comme l'avocat général GEELHOED dans une de ses conclusions²⁵⁸ et, surtout, l'avocat général STIX-HACKL : d'abord favorable à l'utilisation de la Charte²⁵⁹, elle change ensuite d'opinion et ne répond plus à cet argument invoqué par les requérants²⁶⁰. Néanmoins, elle revient sur ses positions pour se servir de nouveau de la Charte à titre confortatif sur le fondement du principe de la Communauté de droit²⁶¹. Elle tire tout de même les conséquences de l'absence de toute force contraignante de ce texte pour ne pas proposer, dans une autre affaire, l'annulation d'un arrêt du TPICE sur le fondement de la violation des dispositions de la Charte²⁶².

673. Finalement, sur les 12 avocats généraux qui ont été ou sont en fonction auprès de la CJCE, la quasi-totalité s'est révélée encline à utiliser la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Si l'on excepte l'avocat général TIZZANO qui, malgré sa dernière position, fut l'un des plus ardents défenseurs de la Charte, il reste les avocats généraux SHARPSTON et MENGGOZZI, l'une refusant de se référer à la Charte, l'autre n'ayant pour l'instant pas eu l'occasion de s'exprimer. En d'autres termes, la période de réflexion initiée par le silence de la CJCE n'aura pas eu pour effet de changer l'opinion majoritaire parmi les avocats généraux.

note n° 20 ; enfin 8 septembre 2005, rendues sur l'arrêt du 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769, spéc. pt 60.

L'avocat général POIARES PESSOA MADURO se révèle également favorable à l'utilisation de la Charte. Voir Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO, 25 mai 2004, rendues sur l'arrêt du 22 novembre 2005, *Grøngaard et Bang*, aff. C-384/02, *Rec.*, p. I-9939, pt 56 ; 29 juin 2004, rendues sur l'arrêt du 13 janvier 2005, *Nardone c/ Commission*, aff. C-181/03 P, *Rec.*, p. I-199, pt 51 ; 21 octobre 2004, rendues sur l'arrêt du 22 février 2005, *Commission c/ max-mobil*, aff. C-141/02 P, *Rec.*, p. I-1283, pt 80 ; et 16 décembre 2004, rendues sur l'arrêt du 15 mars 2005, *Espagne c/ Eurojust*, aff. C-160/03, *Rec.*, p. I-2077, pt 35.

²⁵⁸ Ainsi l'avocat général GEELHOED n'a-t-il pas répondu à l'argument du requérant concernant la Charte dans l'affaire suivante : Conclusions de l'avocat général GEELHOED, 6 février 2003, rendues sur l'arrêt du 9 septembre 2003, *Rinke*, aff. C-25/02, *Rec.*, p. I-8349, Charte évoquée au point 76. Cette position est en fait étonnante au regard du reste de ses conclusions, dans lesquelles la Charte est en cause. Il ne la néglige nullement. Voir Conclusions de l'avocat général GEELHOED, 21 février 2002, rendues sur l'arrêt du 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, *Rec.*, p. I-6191, note n° 18 ; 10 septembre 2002, rendues sur l'arrêt du 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, aff. C-491/01, *Rec.*, p. I-11453, pts 47 et 259 ; 2 avril 2003, rendues sur l'arrêt du 13 janvier 2004, *Allonby*, aff. C-256/01, *Rec.*, p. I-873, pt 53 ; 10 avril 2003, rendues sur l'arrêt du 10 juillet 2003, *Betriebsrat der Vertretung der Europäischen Kommission in Österreich*, aff. C-165/01, *Rec.*, p. I-7683, note n° 16 ; 10 juillet 2003, rendues sur l'arrêt du 07 janvier 2004, *Commission c/ Espagne*, aff. C-58/02, *Rec.*, p. I-621, pt 39 ; 18 septembre 2003, rendues sur l'arrêt du 29 avril 2004, *Parlement c/ Reynolds*, aff. C-111/02 P, *Rec.*, p. I-5475, pt 62 ; 19 février 2004, rendues sur l'arrêt du 07 septembre 2004, *Trojani*, aff. C-456/02, *Rec.*, p. I-7573, note n° 6 ; et 11 novembre 2004, rendues sur l'arrêt du 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, *Rec.*, p. I-2119, pt 32.

²⁵⁹ Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL, 7 novembre 2002, rendues sur l'arrêt du 27 novembre 2003, *Enirisorse*, aff. jointes C-634 à 38/01, *Rec.*, p. I-14243, note n° 101.

²⁶⁰ Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL, 28 novembre 2002, rendues sur l'arrêt du 11 mars 2003, *Dory*, aff. C-186/01, *Rec.*, p. I-2479, pts 10 et 52 ; 11 septembre 2003, rendues sur l'arrêt du 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri*, aff. jointes C-482 et 493/01, *Rec.*, p. I-5257, pt 34.

²⁶¹ Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL, 18 mars 2004, rendues sur l'arrêt du 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *Rec.*, p. I-9609, pts 55 et 91.

²⁶² Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL, 13 septembre 2005, rendues sur l'arrêt du 19 janvier 2006, *AIT c/ Commission*, aff. C-547/03 P, *Rec.*, p. I-845, pts 86 à 89.

674. Au contraire, certains ont même adopté une attitude que l'on pourrait qualifier d'offensive en invoquant la Charte le plus souvent possible, et de manière de plus en plus justifiée. L'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER a ainsi rendu le plus grand nombre de conclusions dans lesquelles la Charte trouve sa place après 2001 (19 affaires pour 15 arrêts)²⁶³. Il y a en outre glissé plusieurs remarques tendant à justifier sa résistance. Notamment, il ajoute une note de bas de page, discrète dans la forme, mais militante sur le fonds :

« note 74. À propos de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000 (JO C 364, p. 1), qui contient un catalogue de droits et libertés plus large et plus moderne que la convention, les avocats généraux persistent, au sein de la Cour et sans manquer de reconnaître l'absence de valeur contraignante *autonome* de cet instrument, à mettre l'accent sur son évidente vocation à servir de paramètre de référence substantiel pour tous les acteurs de la scène communautaire (conclusions de l'avocat général Tizzano du 8 février 2001 dans l'affaire BECTU, arrêt du 26 juin 2001, C-173/99, Rec. p. I-4881, point 28), sur le fait qu'il a placé les droits qui en font l'objet au plus haut niveau des valeurs communes aux États membres et qu'il devrait constituer un instrument privilégié servant à l'identification des droits fondamentaux (conclusions de M. Léger du 10 juillet 2001 dans l'affaire Conseil/Hautala, arrêt du 6 décembre 2001, C-353/99 P, Rec. p. I-9565, points 82 et 83), ou sur la circonstance qu'il reflète de manière inestimable le dénominateur commun des valeurs juridiques primordiales dans les États membres, dont émanent à leur tour les principes généraux du droit communautaire (mes conclusions du 4 décembre 2001, dans l'affaire Überseering, C-208/00, pendante devant la Cour, point 59) »²⁶⁴.

Il persiste, trois ans plus tard, avec une mention plus repérable dans la forme :

« 27. Il convient d'attacher une plus grande importance à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000

²⁶³ Voir Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, 11 juillet 2002, rendues sur l'arrêt du 6 mars 2003, *Kaba*, aff. C-466/00, Rec., p. I-2219, note n° 74 ; 19 septembre 2002, rendues sur l'arrêt du 11 février 2003, *Gözütok et Brügger*, aff. C-187/01, Rec., p. I-1345, note n° 22 ; 17 octobre 2002, rendues sur l'arrêt du 18 septembre 2003, *Volkswagen c/ Commission*, aff. C-338/00 P, Rec., p. I-9189, pt 94 ; 11 février 2003, rendues sur l'arrêt du 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a. c/ Commission*, aff. jointes C-204, 205, 211, 213, 217 et 219/00 P, Rec., p. I-123 (C-204/00 P, pt 27 ; C-213/00 P, pt 27 ; C-217/00 P, pt 30 ; et C-219/00 P, pt 26) ; 10 juin 2003, rendues sur l'arrêt du 7 janvier 2004, *K.B.*, aff. C-117/01, Rec., p. I-541, pt 73 ; 16 septembre 2003, rendues sur l'arrêt du 29 avril 2004, *Beuttenmüller*, aff. C-102/02, Rec., p. I-5405, note n° 10 ; 11 décembre 2003, rendues sur l'arrêt du 16 septembre 2004, *Baldinger*, aff. C-386/02, Rec., p. I-8411, pt 25 ; 8 janvier 2004, rendues sur l'arrêt du 10 juin 2004, *Commission c/ Italie*, aff. C-87/02, Rec., p. I-5975, pt 36 ; 11 mars 2004, rendues sur l'arrêt du 23 septembre 2004, *Hectors c/ Parlement*, aff. C-150/03 P, Rec., p. I-8691, pt 40 ; 16 mars 2004, rendues sur l'arrêt du 7 octobre 2004, *Mag Instrument c/ OHMI*, aff. C-136/02 P, Rec., p. I-9165, pt 53 ; 12 mai 2005, rendues sur l'arrêt du 21 juillet 2005, *Vergani*, aff. C-207/04, Rec., p. I-7453, pts 24, 27 et 28 ; 26 mai 2005, rendues sur l'arrêt du 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, aff. C-176/03, Rec., p. I-7879, pt 69 ; 20 octobre 2005, rendues sur l'arrêt du 9 mars 2006, *Van Esbroeck*, aff. C-436/04, Rec., p. I-2333, note n° 20 ; 20 octobre 2005, rendues sur l'arrêt du 6 avril 2006, *Commission c/ Autriche*, aff. C-428/04, Rec., p. I-3325, pt 3 ; 15 novembre 2005, rendues sur l'arrêt du 9 mars 2006, *Werhof*, aff. C-499/04, Rec., p. I-2397, note n° 38 ; et 8 juin 2006, dans l'arrêt du 28 septembre 2006, *van Straaten*, aff. C-150/05, Rec., p. I-9327, pt 53.

²⁶⁴ Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, 11 juillet 2002, rendues sur l'arrêt du 6 mars 2003, *Kaba*, aff. C-466/00, Rec., p. I-2219, note n° 74. Nous soulignons.

dans le cadre du Conseil européen de Nice, puisque, abstraction faite de la polémique soulevée quant à sa nature juridique, elle exerce une grande influence sur les textes projetés et approuvés ultérieurement »²⁶⁵.

Enfin, récemment, il appuie son raisonnement sur le fondement des « termes clairs de la Charte »²⁶⁶. L'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER a donc tenté d'inciter la CJCE à s'emparer de la Charte régulièrement, et par divers moyens.

675. En définitive, les avocats généraux ont développé un dialogue des juges à propos de la Charte d'autant plus enrichi, que la CJCE demeurait silencieuse. En outre, à mesure que le temps passe et que le projet établissant une Constitution pour l'Europe s'enlise dans les méandres politiques, la justification de l'abstention de la Cour perd en qualité. Si le projet, et par là la Charte, se démunissent de leur envergure « constitutive », l'un des principaux obstacles à l'utilisation de la Charte par le juge tombe. À première vue, il lui devient alors possible de la traiter comme un acte interinstitutionnel susceptible au moins de créer des obligations à l'encontre des institutions, mais également de constituer une source d'inspiration privilégiée pour l'élaboration de PGDC. La CJCE n'a toutefois pas eu le temps d'être questionnée sur ce point. En effet, le législateur communautaire, ayant déjà choisi de se référer à la Charte, produisit une directive dont la sensibilité de l'objet – le droit au regroupement familial des enfants mineurs de ressortissants de pays tiers – devait la conduire devant le prétoire communautaire. La Cour a ainsi été contrainte d'envisager, pour la première fois, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il est indubitable que le débat initié par les avocats généraux, et relayé par les juges du TPICE, lui a permis d'aborder la question avec sagesse.

C. Vers un revirement de jurisprudence de la CJCE avec l'arrêt Parlement c/ Conseil du 27 juin 2006 (?)

676. Le législateur communautaire ayant choisi de ne pas laisser la Charte dans l'oubli, la CJCE vient d'être tenue d'apprécier une directive qui s'y réfère explicitement. La CJCE ne pouvait plus ignorer cette Charte. Dès lors, l'arrêt du 27 juin 2006²⁶⁷ constitue assurément une décision déterminante de la Cour : pour la première fois, elle accepte d'envisager la Charte. Chargée de déterminer « les normes de droit au regard desquelles la légalité de la directive peut être contrôlée »²⁶⁸, la CJCE énonce en effet :

« 38. S'agissant de la charte, elle a été proclamée solennellement par le Parlement, le Conseil et la Commission à Nice le 7 décembre 2000. Si cette charte ne constitue pas un instrument juridique contraignant, le législateur communautaire a cependant entendu en reconnaître l'importance en

²⁶⁵ Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, 12 mai 2005, rendues sur l'arrêt du 21 juillet 2005, *Vergani*, aff. C-207/04, *Rec.*, p. I-7453, pt 27. Nous soulignons.

²⁶⁶ Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, 8 juin 2006, rendues sur l'arrêt du 28 septembre 2006, *van Straaten*, aff. C-150/05, *Rec.*, p. I-9327, pt 53.

²⁶⁷ CJCE, grande chambre, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769, voir spéc. pts 38 et 58.

²⁶⁸ *Ibid.*, pts 30 à 39.

affirmant, au deuxième considérant de la directive, que cette dernière respecte les principes qui sont reconnus non seulement par l'article 8 de la CEDH, mais également par la charte. Par ailleurs, l'objectif principal de la charte, ainsi qu'il ressort de son préambule, est de réaffirmer "les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la [...] [CEDH], des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour [...] et de la Cour européenne des droits de l'homme" ».

Il ne s'agit donc pas de traiter la Charte comme un instrument juridique contraignant pour le juge communautaire puisqu'elle demeure un instrument sans force juridique contraignante. Si l'identification d'un revirement de jurisprudence est tentante, cet arrêt ne doit pas être coupé de son contexte. À notre avis, ses implications ne peuvent être correctement appréhendées qu'à condition de comprendre le propos de la Cour dont les termes ont certainement été l'objet de discussions soutenues au sein de la grande chambre. Nous nous attacherons ainsi à nous préserver de l'extrapolation d'autant plus dangereuse, que la décision concerne le domaine politiquement sensible de l'immigration.

677. L'arrêt *Parlement c/ Conseil* du 27 juin 2006 comporte, à notre avis, deux éléments essentiels relatifs à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La CJCE tend en effet à rejeter la qualification d'acte interinstitutionnel (1), pour envisager la Charte en tant qu'élément confortatif (2).

1. Le rejet de la théorie de l'acte interinstitutionnel

678. En premier lieu, et comme nous le supposions, la Charte n'apparaît clairement pas pouvoir relever de la catégorie des actes interinstitutionnels. Certes, la Cour rappelle que la Charte « a été proclamée solennellement par le Parlement, le Conseil et la Commission à Nice le 7 décembre 2000 »²⁶⁹. Aussi le critère de l'accord entre les trois institutions (Parlement, Conseil et Commission)²⁷⁰ est-il rempli. Néanmoins, ces institutions n'ont pas entendu conférer à ce document une quelconque valeur contraignante puisque cette question devait être examinée à la suite de sa proclamation solennelle²⁷¹. D'ailleurs, aucune des trois institutions susvisées ne conçoit la

²⁶⁹ CJCE, grande chambre, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769, pt 38.

²⁷⁰ Certes, la théorie des accords interinstitutionnels n'impliquait au départ pas l'engagement réciproque de toutes les institutions, mais simplement d'au moins deux. Cependant, comme le souligne le professeur SIMON, la « déclaration de la conférence des États membres annexée au traité de Nice » qui introduit « pour la première fois [la] mention des accords interinstitutionnels » impose dorénavant « qu'ils recueillent l'assentiment des trois institutions, Parlement, Conseil, Commission ». Voir D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2001, 779 p., §§ 275 et 276, pp. 338-341, p. 341.

²⁷¹ Voir à ce sujet l'annexe IV des conclusions du Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999 : « Le Conseil européen proposera au Parlement européen et à la Commission de proclamer solennellement, conjointement avec le Conseil, une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur la base dudit projet. Ensuite il faudra examiner si et, le cas échéant, la manière dont la charte pourrait être intégrée dans les traités ». Voir *Bull. UE*, 6-1999, première partie, I, pp. 26-28. Texte disponible sur Internet : <<http://europa.eu/bulletin/fr/9906/i1064.htm>>.

Charte comme un outil doté d'une force juridique obligatoire. Déjà, le Parlement et le Conseil le rappellent explicitement au sein de leur requête dans l'affaire C-540/03²⁷². En outre, la Commission ne l'estime plus être une source de droit communautaire²⁷³. Dès lors, la CJCE considère que les termes du deuxième considérant de la directive contrôlée ne pouvait que signifier la reconnaissance d'une « importance » de la Charte mais, en aucun cas, lui attribuer une quelconque force contraignante.

679. Nous remarquons toutefois que les termes de ce deuxième considérant auraient pu être interprétés autrement. En effet, en posant que la « présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par l'article 8 de la [CESDH] et par la charte »²⁷⁴, le juge aurait pu comprendre que le législateur entendait soumettre la directive à la Charte. En tout cas, l'utilisation du présent de l'indicatif et du verbe équivoque « observer »²⁷⁵ aurait pu induire que les auteurs de la directive estimaient la Charte obligatoire. Certes, la présence de deux verbes distinctifs (respecter et observer), aussi bien en français qu'en anglais ou en allemand, pourrait impliquer que les auteurs de la directive entendaient respecter les droits fondamentaux en tant que normes juridiques, mais simplement tenir compte des principes contenus dans la Charte. Cette interprétation bute cependant sur le fait que l'article 8 de la CESDH figure au côté de la Charte au sein du deuxième considérant. En effet, et puisque la CESDH constitue une source officialisée par l'article 6, §2, TUE des droits fondamentaux communautaires, il faudrait attribuer le même régime au second élément utilisé : la Charte. Néanmoins, une telle reconnaissance aurait été contraire à la hiérarchie des normes communautaires dans la mesure où le législateur ordinaire ne peut se substituer à la « puissance constitutive ». Dans ce cas, la CJCE aurait dû déclarer une telle prescription comme contraire à la *communautarité*. En considérant qu'il n'était question que de « reconnaître l'importance » de la Charte sans lui conférer de force contraignante²⁷⁶, le juge évite ainsi de s'engager dans une voie conflictuelle : il ne s'oppose pas aux points de vue des institutions pour les sanctionner. Au contraire, il fait preuve d'une certaine sagesse pour se préserver d'une annulation injuste. Ce choix de la prudence lui permet en outre de pouvoir énoncer sa position sur la Charte, et de préciser la manière dont il entend l'utiliser.

²⁷² CJCE, grande chambre, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769, resp. pt 31 et pt 34.

²⁷³ Certes, dans un premier temps, la Commission se référait volontiers à la Charte. Néanmoins, dans une affaire plus récente, elle conteste l'applicabilité de la Charte invoquée par les requérants. Voir, par ex. et resp., CJCE, 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist*, aff. C-101/01, *Rec.*, p. I-12971, pt 35 ; et 22 février 2005, *Commission c/ max-mobil*, aff. C-141/02 P, *Rec.*, p. I-1283, pt 59.

²⁷⁴ CJCE, grande chambre, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769, pt 4.

²⁷⁵ Ce mot peut désigner aussi bien le fait d'examiner attentivement, que le fait de respecter ou se conformer.

²⁷⁶ CJCE, grande chambre, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769, pt 38.

2. L'intérêt confortatif de la Charte

680. En second lieu, les propos de la CJCE révèle que la Charte revêt pour elle un intérêt confortatif indéniable. En effet, la Cour estime que la Charte *réaffirme* les droits fondamentaux existants au sein, surtout, des droits communautaire et européen²⁷⁷. Elle utilise d'ailleurs ensuite la Charte pour soutenir son interprétation de la jurisprudence adoptée par la CEDH relative à l'article 8 de la CESDH²⁷⁸.

681. Toutefois, la Cour enveloppe sa reconnaissance du rôle complémentaire de la Charte d'une certaine contextualisation. En effet, la Cour se fonde sur les propos du législateur communautaire « au deuxième considérant de la directive »²⁷⁹ pour envisager la Charte. Le fait que le juge vise aussi précisément le texte contrôlé peut alors indiquer qu'il entend utiliser la Charte uniquement lorsqu'elle sera préalablement impliquée. Aussi, si le revirement de jurisprudence semble déjà acquis du fait que la CJCE n'ignore plus la Charte, son ampleur ne doit pas être surestimée.

682. La question de savoir si la CJCE est susceptible de se référer désormais à la Charte à chaque fois qu'un droit fondamental communautaire est en cause, ou seulement lorsque les requérants l'invoquent ou les faits le prescrivent, n'est pas simple. Les opinions des avocats généraux ne sont en outre pas forcément susceptibles de nous aider. D'une part, l'attitude adoptée par l'avocat général JACOBS, vers la fin de son mandat, tendait plutôt à utiliser la Charte uniquement quand elle constituait un argument des requérants²⁸⁰. D'autre part, l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER a plusieurs fois souligné, plus ou moins directement, que la Charte exerce, en général, « une grande influence sur les textes projetés et approuvés ultérieurement »²⁸¹. En d'autres termes, la Charte constitue, à ses yeux, un outil de référence essentiel pour le législateur communautaire même si elle n'apparaît pas explicitement dans la production législative²⁸². En ce sens, le juge communautaire ne devrait pas limiter son utilisation de la Charte aux seules hypothèses où les textes contrôlés y font explicitement référence.

683. De la sorte, les potentialités sont immenses. La Charte peut à terme devenir une source d'inspiration, certes complémentaire, mais expédiente pour les droits fondamentaux de l'Union et de la Communauté européenne de droit. En effet, si le législateur communautaire tend à placer la Charte au même niveau que la CESDH dans la directive contrôlée, le Parlement y voit « un indice utile pour l'interprétation des

²⁷⁷ *Ibid.*, pt 38.

²⁷⁸ *Ibid.*, pt 58.

²⁷⁹ *Ibid.*, pt 38.

²⁸⁰ Voir *supra*, § 671.

²⁸¹ Voir *supra*, § 674 et, spéc., Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, 12 mai 2005, rendues sur l'arrêt du 21 juillet 2005, *Vergani*, aff. C-207/04, *Rec.*, p. I-7453, pt 27.

²⁸² Dans le même sens, le respect de la Charte est devenu une condition à l'entrée des nouveaux États membres dans l'Union européenne. Voir, sur ce point, W. SADURSKI, « *Charter and Enlargement* », *ELJ*, 2002, pp. 340-362.

dispositions »²⁸³ de cette même convention. La CJCE adopte en outre un point de vue similaire puisqu'elle conforte son interprétation de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg avec les dispositions correspondantes de la Charte²⁸⁴. Parce que plus récente, cette dernière est en fait plus précise que la CESDH, en ce qu'elle tient compte de la jurisprudence élaborée par la CEDH. Aussi la Charte peut-elle s'avérer particulièrement utile pour faciliter la compréhension d'un droit que la jurisprudence européenne, moins repérable qu'un texte synthétique, a pu développer. L'affaire *Parlement c/ Conseil* en constitue d'ailleurs le premier témoignage. Si l'article 8 de la CESDH proclame le droit au respect de la vie privée et familiale, il n'envisage nullement la situation des enfants en particulier, au contraire de l'article 24 de la Charte qui complète son article 7, réplique de l'article 8 CESDH. Or, la CEDH a pu prendre position sur la question²⁸⁵ comme le rappelle la CJCE. La Charte permet dès lors un gain de temps appréciable, en officialisant certains points de la jurisprudence européenne. Elle la stabilise toutefois quelque peu et pourrait même l'immobiliser dans la mesure où, par exemple, la Cour de Strasbourg n'a pas toujours entendu sa jurisprudence sous l'article 8 de la CESDH comme favorable aux enfants d'immigrés²⁸⁶. La CJCE ne souhaite cependant pas limiter l'initiative de la CEDH puisqu'elle fait référence à ses arrêts d'une manière particulièrement prégnante. Nous dénombrons en effet pas moins de 9 renvois à la jurisprudence de la CEDH par la CJCE dans son arrêt du 27 juin 2006²⁸⁷. La CJCE apparaît de toute façon respectueuse de son homologue comme nous le verrons plus tard²⁸⁸.

684. Ce nouveau comportement pourrait enfin révéler la volonté de la CJCE de s'émanciper d'une « puissance constitutive » inefficace et restrictive. En effet, et puisque la Cour réutilise le pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁸⁹ qu'elle ne visait pourtant plus vraiment en cohérence avec les termes de l'article 6, § 2, TUE²⁹⁰, il est possible de considérer que la Cour tend à prendre une certaine distance avec la « puissance constitutive » communautaire de manière à se permettre d'envisager la Charte. Toutefois, et malgré l'ensemble des considérations précédentes, la CJCE pourrait continuer à vouloir respecter le processus « constitutif » qui n'est toujours pas officiellement arrêté, et pour lequel elle témoigne d'un profond respect²⁹¹. Dans ce cas, elle pourrait tout à fait limiter son revirement de jurisprudence du 27 juin 2006 aux

²⁸³ CJCE, grande chambre, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769, pt 31.

²⁸⁴ *Ibid.*, pts 56 à 58.

²⁸⁵ CEDH, 21 décembre 2001, *Sen c/ Pays-Bas*, req. n° 31465/96, *JCP G*, 2002, I, 105, n° 14, chron. Frédéric SUDRE.

²⁸⁶ Voir, par ex. sur ce point, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 7^{ème} éd., 2005, 715 p., § 268, pp. 514-520, 4°, p. 517.

²⁸⁷ CJCE, grande chambre, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769, pts 38, 54, 55, 56, 62, 64, 65, 85 et 98.

²⁸⁸ Voir *infra*, §§ 710-719.

²⁸⁹ 16 décembre 1966, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 999, p. 171.

²⁹⁰ Voir *supra*, § 504.

²⁹¹ Voir, à ce sujet, *supra*, § 669.

situations dans lesquelles la Charte est déjà en cause. En tout cas, elle ne se l'interdit nullement. La prudence nous prescrit donc de laisser nos aspirations en suspens. Nul doute, quoi qu'il en soit, que le TPICE rebondira sur cette ouverture et que la CJCE aura, par ricochet, l'occasion de préciser son propos en réponse.

685. En tout état de cause, l'utilisation de la Charte a constitué et constituera un terrain propice aux échanges entre les juges communautaires. Elle illustre combien le dialogue existe entre les membres de la Cour de justice que ce soit au sein d'une même juridiction, ou entre la CJCE et le TPICE. La collaboration ne se limite finalement pas aux questions procédurales, mais déborde sur la matière du droit communautaire. Les droits fondamentaux en ont d'ailleurs pleinement profité, même si nous ne pouvons pas encore assurer que la Charte constitue désormais un élément de la panoplie du juge communautaire, défenseur des droits fondamentaux.

686. La garantie des droits fondamentaux ne soulève en outre pas uniquement la question de la cohérence interne. En effet, le juge communautaire est amené à utiliser des instruments extérieurs à son ordre juridique, spécialement à propos des droits fondamentaux. Or, la plupart de ces outils sont dotés d'une juridiction chargée de les interpréter. Il est donc possible que le juge communautaire puisse contredire aussi bien le juge national à l'endroit des traditions constitutionnelles, que le juge européen vis-à-vis des droits de la CESDH. Le juge communautaire s'évertue toutefois à développer un dialogue soutenu avec ces autres juges.

Seconde section. Le développement soutenu du dialogue des juges

687. La Cour de justice a tout intérêt à cultiver la communication avec les autres juridictions afin d'éviter certes les conflits, mais peut-être surtout le discrédit. Il serait en effet fâcheux que cette Cour ne soit plus considérée comme capable de protéger correctement les droits fondamentaux communautaires, alors que « la crédibilité revêtue par le droit communautaire aux yeux des ordres juridiques nationaux [provient] du fait de son enracinement dans les traditions constitutionnelles communes aux États membres en matière de protection des droits fondamentaux »²⁹². Ayant renouvelé la mission de la Cour sur cette question²⁹³, les juges nationaux auraient certainement tendance à ne plus appliquer sa jurisprudence. Or, cela aurait des conséquences négatives sur l'efficacité globale de l'ordre juridique communautaire et, par ricochet, sur sa validité²⁹⁴. Le juge du Kirchberg ne le souhaite assurément pas.

²⁹² K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE*, 2001, pp. 487-528, § 30, pp. 498-499, p. 499.

²⁹³ Voir, à ce sujet, *supra*, §§ 454 et s.

²⁹⁴ Sur ce point, voir *supra*, §§ 97 et 100.

688. La Cour de justice profite ainsi de la coopération procédurale organisée par les traités avec les juridictions nationales²⁹⁵ pour établir des relations fondées sur l'échange. Du fait que les juges nationaux sont tenus de respecter le droit européen tel qu'interprété par la CEDH, la Cour de justice a également cherché à développer des contacts avec cette dernière même s'ils ne peuvent qu'être moins institutionnalisés. Sachant que « le dialogue est un type de communication dans lequel les sujets de celle-ci sont, l'un et l'autre, émetteur et récepteur, et, normalement, l'un après l'autre, chacun son tour »²⁹⁶, il est nécessaire de séparer les différents mouvements dialogiques. Aussi envisagerons-nous non seulement le comportement de la Cour de justice à destination de son ou ses interlocuteur(s), mais encore le phénomène inverse, à propos aussi bien des juges nationaux (§1), que de la CEDH (§2).

§1. La coopération avec les juges nationaux

689. La procédure du renvoi préjudiciel de l'article 177 CEE, devenu 234 TCE, a placé les juges nationaux dans une position originale. En sus de leurs prérogatives nationales, ils sont devenus pleinement compétents en tant que juges communautaires²⁹⁷. Une répartition des attributions entre la Cour de justice et les juges nationaux a donc dû progressivement être effectuée. Pour cela, une coopération de juge à juge au sein de ce que certains nomment « la Communauté de juges »²⁹⁸ s'est mise en place. Si la doctrine y voit l'expression du principe de subsidiarité juridictionnelle²⁹⁹, cette subsidiarité ne peut fonctionner qu'à partir du moment où chacun des protagonistes est globalement d'accord avec les autres. S'instaure alors, au moins implicitement, un dialogue qui, puisque les intervenants ne se réunissent pas autour d'une même table, prend des formes détournées. Dans la mesure où la viabilité de l'ordre juridique communautaire dépend de son acceptation par les juges nationaux qui avaient pourtant mis en doute sa primauté du fait de ses lacunes premières vis-à-vis des droits fondamentaux, l'identification de ces formes détournées est déterminante pour comprendre comment les juges se sont rassurés réciproquement. La Cour de justice ne pouvait pas se contenter d'affirmer simplement qu'elle prenait en compte les traditions constitutionnelles communes aux États membres pour élaborer des PGDC. Les juges nationaux ont assurément vérifié que ses actes se

²⁹⁵ Sur cette question, voir par ex. R. LECOURT, « Le rôle unificateur du juge dans la Communauté » in *Études de droit des Communautés européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, 530 p., pp. 223-237, p. 233 ; et plus récemment W. van GERVEN, « *The Role and Structure of the European Judiciary now and in the future* », *EL Rev.*, 1996, pp. 211-223, p. 220.

²⁹⁶ G. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2005, 440 p., § 49, p. 215.

²⁹⁷ À ce sujet, voir par ex. A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire » in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, 556 p., pp. 1-20.

²⁹⁸ M. DARMON, « Juridictions constitutionnelles et droit communautaire (Réflexions sur la jurisprudence constitutionnelle d'Italie, de République fédérale d'Allemagne et de France relative à l'insertion du droit communautaire dans l'ordonnancement juridique interne) », *RTDE*, 1988, pp. 217-251, p. 250.

²⁹⁹ Voir not. D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *RAE*, 1998, n° 1-2, pp. 84-94 ; ou encore Frédéric TRAIN, « Le renvoi préjudiciel et la subsidiarité », *RAE*, 1998, n° 1-2, pp. 102-107.

conformaient à ses paroles. L'insuffisance des garanties proposées par l'affaire *Stauder* pour rasséréner le juge allemand le rappelle³⁰⁰. Pour que les juges nationaux s'en remettent à la Cour de justice (B), il était donc nécessaire que celle-ci témoigne de sa volonté profonde de respecter le destinataire de sa jurisprudence en matière préjudicielle (A).

A. De la Cour de justice vers les juges nationaux

690. De sorte à témoigner de son respect des droits nationaux, ainsi que de sa prise en compte des jurisprudences nationales, la Cour de justice a dû montrer que ses affirmations de principe reposaient sur une réalité quotidienne. En effet, elle doit tenir compte des évolutions des droits nationaux et, spécialement, des réformes prétorienne adoptées afin d'adapter son propos à ses interlocuteurs. De même, pour être en mesure de leur répondre le cas échéant, la Cour de justice doit régulièrement s'informer de la réception du droit communautaire auprès des juridictions nationales. Pour ce faire, elle rend compte de plusieurs documents qui témoignent de sa volonté de connaître les droits nationaux. Cette démarche visible ne doit toutefois pas occulter l'adoption de la méthode comparative qui, plus discrète, nourrit tout de même grandement la capacité du juge communautaire à comprendre ses homologues nationaux.

691. Parce que les juges de la CJCE sont avant tout des personnalités nommées par chaque État membre³⁰¹, ils arrivent au prétoire communautaire avec leurs expériences nationales. Il est alors normal qu'ils s'en inspirent pour développer le droit communautaire. L'influence du droit comparé, particulièrement importante au début de la construction communautaire³⁰², perdure encore aujourd'hui. Comme en témoigne le professeur LENAERTS, particulièrement au fait du contentieux de la Cour de justice, puisqu'il y est juge depuis la création du TPICE³⁰³ :

« Contrairement à l'impression première qui peut gagner l'observateur extérieur s'intéressant au rôle du droit comparé dans la jurisprudence de la [CJCE et du TPICE], le "droit comparé" signifie, dans le travail quotidien du juge communautaire, bien davantage que la référence, aux fins de la solution d'un litige, à un examen comparatif et, pour ainsi dire, scientifique

³⁰⁰ Voir sur ce point, *supra*, §§ 306-307 à propos de CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder c/ Ville d'Ulm – Sozialamt*, aff. 26/69, *Rec.*, p. 419, pt 7.

³⁰¹ Article 167, devenu 223 TCE.

³⁰² Voir, par ex., l'importance des droits nationaux pour la détermination des voies de recours possibles devant la Cour de justice, et en particulier des conditions de recevabilité, expliquée par le professeur FROMONT. Voir M. FROMONT, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1966, pp. 47-65. Se référer également à J. ZILLER, « La dialectique du contentieux européen : le cas des recours contre les actes normatifs » in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges offerts à Michel Fromont*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, 473 p., pp. 443-464, spéc. pp. 446-455 ; ou encore à E. PETERSEN, « L'influence possible du droit anglais sur le recours en annulation auprès de la Cour de Justice des Communautés européennes. », *RTDE*, 1966, pp. 256-266.

³⁰³ Le professeur LENAERTS fut juge au TPICE du 25 septembre 1989 au 6 octobre 2003. Depuis le 7 octobre 2003, il assure les fonctions de juge auprès de la CJCE.

des solutions retenues par les ordres juridiques nationaux sur un thème donné »³⁰⁴.

En réalité, l'utilité du droit comparé pour le juge demeure souvent implicite. La discrétion du juge ne doit cependant pas tromper. Amené à réfléchir sur les conclusions des avocats généraux qui « regorgent d'études comparatives », le juge³⁰⁵ n'y fait « pas toujours écho, même allusi[vement] », mais sa décision finale est « très fréquemment » guidée par ces études comparatives³⁰⁶. De cette manière, le juge communautaire analyse les solutions nationales et les critique, en s'en inspirant ou en les rejetant. Il double ainsi son annonce expresse concernant la norme communautaire, d'un message implicite à destination des juridictions nationales : elle les entend et prend acte des spécificités de leur propre ordre juridique.

692. Dans cette logique, la Cour de justice a toujours conforté sa démarche comparative par des éléments susceptibles de l'officialiser. Notamment, elle diffuse des données témoignant qu'elle s'intéresse à l'activité des juridictions nationales à propos du droit communautaire. Aussi intégrait-elle dans ses rapports annuels d'activité un tableau constatant « les nombres comparés d'affaires communautaires parvenues à la connaissance [de la Cour] »³⁰⁷. Aujourd'hui, elle profite des opportunités offertes par les nouvelles technologies pour rendre disponible facilement, *via* son site Internet, les informations concernant l'activité des juridictions nationales en matière communautaire.

D'une part, elle extrait du *Rapport annuel sur le contrôle de l'application du droit communautaire* élaboré par le Secrétariat général de la Commission, les annexes V et VI relatives respectivement aux arrêts de la Cour de justice non encore exécutés, et à l'application du droit communautaire par les juridictions nationales. De tels documents existent depuis 1983, mais ne sont en ligne que depuis de 1997³⁰⁸ dans la mesure où les *JOUE* qui les contiennent ne sont accessibles sur Internet qu'à partir de 1998³⁰⁹. Chacun est alors en mesure de connaître les positions des juges nationaux, ainsi que leurs éventuelles réactions à la jurisprudence communautaire. Une telle source d'information a certainement rencontré un franc succès auprès des acteurs communautaires et, spécialement, des juges puisqu'elle a été complétée par un bulletin mis à jour plus fréquemment.

En effet et d'autre part, la direction Bibliothèque, Recherche et Documentation de la Cour de justice élabore depuis 1999, à raison de trois numéros par an³¹⁰, un bulletin

³⁰⁴ K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *op. cit.*, § 1, p. 487.

³⁰⁵ Certes, le TPICE ne dispose par principe pas d'avocat général. Néanmoins, les juges du Tribunal n'ignorent pas les travaux des avocats généraux. Ils peuvent alors s'en inspirer, de la même manière que leurs homologues à la Cour.

³⁰⁶ Pour l'ensemble des citations de la phrase, K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *op. cit.*, § 9, pp. 490-491.

³⁰⁷ Voir, par ex., le *Rapport annuel* pour 1973, p. 13.

³⁰⁸ Nous remarquons qu'il peut être utile de consulter directement le site de la Commission (<http://ec.europa.eu/community_law/eulaw/index_fr.htm>) puisque ses rapports annuels sont disponibles jusqu'à 2004, alors que le site de la Cour de justice ne contient que les *Aperçus* jusqu'à 2002.

³⁰⁹ Voir le site du *JOUE* : <<http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?ihmlang=fr>>.

³¹⁰ Nous exceptons l'année 1999 pour laquelle seuls deux numéros ont été diffusés.

intitulé *Reflets*. Il comporte des *Informations rapides sur les développements juridiques présentant un intérêt communautaire*, comme l'indique son sous-titre. Sont ainsi repertoriées et résumées aussi bien les législations que les jurisprudences nationales. Ce bilan est en outre complété par une rubrique concernant la doctrine. Le juge communautaire ne peut ainsi pas passer à côté des potentiels messages envoyés par les acteurs nationaux. Il est, par ricochet, mis à même d'y répondre, si nécessaire.

693. En somme, le juge communautaire se révèle enclin à aller vers les juridictions nationales et, par là, à conforter leurs discussions. Naturellement sensible au droit comparé, il utilise la direction Bibliothèque, Recherche et Documentation pour obtenir les informations nécessaires à sa démarche dialogique. Un tel mouvement s'avèrerait toutefois inefficace si ses interlocuteurs ne cherchaient pas à perpétuer les échanges.

B. Des juges nationaux vers la Cour de justice

694. Les juges nationaux sont tenus d'opérer un renvoi préjudiciel à chaque fois qu'ils sont confrontés à une question de validité ou d'interprétation du droit communautaire, au moins au sein des affaires pour lesquelles ils statuent en dernier ressort³¹¹. Aussi pourrait-on estimer que les juges n'entretiennent aucun dialogue, puisqu'un dialogue est normalement fondé sur la volonté de chacun des interlocuteurs de s'exprimer. Les juges nationaux ne seraient alors amenés qu'à remplir leurs obligations.

695. Néanmoins, la procédure de l'article 177 CEE, devenu 234 TCE, ne doit pas être envisagée comme un mécanisme objectif. En effet, son utilisation résulte d'une appréciation subjective des éléments de l'affaire en instance devant le prétoire national. D'une part, le juge national doit apprécier la nécessité de recourir à la question préjudicielle. En particulier, si l'acte communautaire à interpréter est clair, le renvoi « n'a pas lieu d'être »³¹². D'autre part, *via* la formulation de sa question, le juge national peut simplement rendre compte de la difficulté rencontrée ou, au contraire, développer une problématique particulière offrant l'opportunité à la CJCE d'y répondre. Le juge national peut dès lors participer au développement du droit communautaire en suscitant certaines prises de position de la CJCE. Si le phénomène est manifeste, spécialement à propos des droits fondamentaux, il est conditionné par l'acceptation des juges nationaux de jouer leur rôle en matière préjudicielle. Évaluer la propension des juges nationaux à accepter le dialogue des juges avec la Cour de justice (2) passe donc d'abord par la mesure de leur attitude vis-à-vis du renvoi préjudiciel en général (1).

³¹¹ Voir par ex., J. BOULOUIS, M. DARMON et J.-G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2001, 435 p., § 42, p. 20. Voir également, en particulier, CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 283/81, *Rec.* p. 3415.

³¹² B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, pp. 877-886, p. 877.

1. L'usage classique du renvoi préjudiciel

696. Pendant longtemps, la plupart des juges nationaux n'encourageaient aucune sanction pour ne pas avoir adressé de question préjudicielle à la CJCE contrairement à leurs obligations. En effet, jusqu'en 2000, la Commission ne considérait pas la procédure du recours en manquement d'État de l'article 169 CEE, devenu 226 TCE, comme appropriée à la situation³¹³. En outre, seule la Cour constitutionnelle fédérale allemande avait décidé de sanctionner les juridictions allemandes n'ayant pas, à tort, renvoyé une affaire devant la CJCE pour non respect du droit au juge légal³¹⁴. Le juge national était donc *de facto* libre de ne pas se soumettre à l'obligation de renvoi à la CJCE. Certains l'ont d'ailleurs clairement fait savoir³¹⁵, tandis que d'autres se sont vraisemblablement sentis plus lentement concernés par le droit communautaire³¹⁶.

697. De ce fait, il devenait intéressant d'envisager les renvois préjudiciels selon l'État membre duquel émanent les juridictions qui les ont introduits. Toutefois, le nombre brut de renvois introduits ne présente qu'un intérêt limité dans la mesure où il dépend de l'année d'entrée de l'État membre considéré dans la Communauté ou l'Union européennes, du nombre de justiciables, ainsi que du nombre de juridictions.

Afin d'éviter des calculs aussi laborieux que peu fiables, nous avons décidé de confronter le nombre de renvois préjudiciels introduits par État membre, au nombre de recours en manquement d'État introduits à l'encontre de chaque État membre. En effet, nous pensons que le faible nombre de questions préjudicielles pour un État résulte

³¹³ Certes, en 1985, la Commission a pu engager une procédure de manquement contre l'Allemagne, du fait du refus réitéré du *Bundesfinanzhof* de respecter les arrêts de la CJCE rendus sur renvoi préjudiciel. Sur ce point, voir not., G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2006, 539 p., pp. 426 et 455. Néanmoins, en ce qui concerne la sanction du non-renvoi, la Commission n'était pas favorable au recours en manquement. En effet, comme le rappelle P. ROSEREN, « [d]ans une réponse à une question parlementaire (JOCE C 28, du 31 janvier 1979, p. 9), la Commission n'a pas exclu que la méconnaissance de l'obligation de renvoi puisse constituer un manquement d'État, bien qu'elle n'estime pas appropriée la mise en œuvre de la procédure de l'article 226 ». Voir P. ROSEREN, « Article 234 » in P. LÉGER (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Paris, Dalloz, Bruxelles, Bruylant, 2000, 2060 p., pp. 1662-1677, § 22. La situation a toutefois évolué puisque la Commission a introduit, le 4 avril 2000, un recours en manquement contre l'Italie du fait de ses juridictions, qui a donné lieu à l'arrêt suivant : CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-129/00, *Rec.*, p. I-14637. Cette initiative a conforté la nouvelle jurisprudence de la Cour posée dans l'arrêt *Köbler* : CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c/ Autriche*, aff. C-224/01, *Rec.*, p. I-10239 ; 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV c/ Productschap voor Pluimvee en Eieren*, aff. C-453/00, *Rec.*, p. I-837 ; et 16 mars 2006, *Rosmarie Kapferer c/ Schlank & Schick GmbH*, aff. C-234/04, *Rec.*, p. I-2585. Voir nos explications précédentes, *supra*, §§ 239 et s.

³¹⁴ Cour constit. fédérale allemande, 8 avril 1987, *Kloppenburger BVerfGE*, 75, p. 223. Sur ce point, se référer à L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, § 684, p. 545 ; ou encore à K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *op. cit.*, §§ 28 et 29, p. 498.

³¹⁵ Voir spéc. le Conseil d'État français : CE, 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, *Rec.*, p. 149. Il expliqua son refus d'exercer un contrôle de conventionnalité et, surtout, d'écarter une loi au profit d'une norme internationale dans une étude adoptée par la Section du rapport et des études du Conseil d'État : *Droit international et droit français*, Paris, La Documentation française, 1986, 120 p. Son assemblée opéra finalement un revirement de jurisprudence en 1989. Voir CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, req. n° 108243, *Rec.*, p. 190.

³¹⁶ Il apparaît ainsi que les juridictions grecques ont attendu plus de 5 ans avant d'opérer leur premier renvoi préjudiciel. Voir les *Rapports annuels de la CJCE*, not., en 2005, pp. 215-216.

essentiellement de deux facteurs : soit le juge ne se soumet pas, ou pas complètement, à son obligation de renvoi ; soit le juge est moins amené à utiliser cette procédure du fait d'une bonne application et/ou d'une fidèle transposition du droit communautaire par les pouvoirs exécutif et législatif nationaux. Concrètement, le juge n'est alors, par exemple, pas confronté à une directive non-transposée dont il faudrait vérifier les effets en raison de l'épuisement du délai de transposition³¹⁷. De la même manière, le juge est beaucoup moins soumis à des doutes concernant la compatibilité de son interprétation d'une norme nationale vis-à-vis d'une norme communautaire, lorsque les normes nationales respectent pleinement les normes communautaires qu'elles mettent en œuvre. Aussi indiquer le nombre de recours en manquement par État membre peut-il nous aider à interpréter la mesure du nombre de renvois préjudiciels. Si le dernier est faible mais si le premier est fort, nous pouvons ainsi supposer que les juges nationaux de l'État considéré devraient s'en remettre plus souvent à la CJCE.

Nous avons ainsi calculé le rapport entre le nombre de recours en manquement introduits par État sur le nombre de renvois préjudiciels introduits par État jusqu'en 2005³¹⁸. En fait, un résultat inférieur à 1 signifie qu'il y a eu plus de renvois préjudiciels que de recours en manquement, ce qui nous laisse supposer une relative bonne application du droit communautaire au sein de l'État. À l'inverse, un résultat supérieur à 1 montre qu'il y a eu plus de recours en manquement que de renvois préjudiciels, et tend à dénoncer une application moins bonne. Enfin, pour les nouveaux États membres, vu qu'un seul recours en manquement a été introduit jusqu'en 2005, les données sont plus lacunaires. Notamment, lorsqu'aucune question préjudicielle n'a été posée, nous ne présentons aucun résultat puisqu'il est impossible de diviser par 0. Néanmoins, nous avons souhaité maintenir ces États dans notre présentation, car plusieurs de leurs juridictions ont déjà introduit des renvois préjudiciels. Dans ce cas, le rapport égale 0, ce qui valorise leur respect général du droit communautaire.

Le tableau n° 35 récapitule ces données en classant les États membres selon le niveau du rapport obtenu entre recours en manquement et renvois préjudiciels.

³¹⁷ En ce qui concerne l'invocabilité des directives, voir par ex. G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, op. cit., pp. 276-280, et spéc. à propos des directives non-transposées, pp. 277 et 278.

³¹⁸ Les données sont disponibles dans le *Rapport annuel 2005* de la Cour de justice, resp. p. 220 et pp. 215-216.

35 - Classement des États membres de la construction communautaire selon le nombre de renvois préjudiciels introduits, confronté au nombre de recours en manquement d'État introduits, jusqu'en 2005						
	<i>année de l'entrée dans la construction communautaire</i>	<i>année du premier renvoi préjudiciel introduit</i>	<i>différence d'années</i>	<i>total des renvois préjudiciels introduits jusqu'en 2005</i>	<i>total des recours en manquement d'État introduits jusqu'en 2005</i>	<i>rapport (nombre de recours en manquement introduits sur nombre de renvois préjudiciels introduitsj)</i>
<i>Chypre</i>	2004	-	-	0	0	-
<i>Lettonie</i>	2004	-	-	0	0	-
<i>Lituanie</i>	2004	-	-	0	0	-
<i>Malte</i>	2004	-	-	0	0	-
<i>Slovénie</i>	2004	-	-	0	0	-
<i>Slovaquie</i>	2004	-	-	0	0	-
<i>Hongrie</i>	2004	2004	0	5	0	0
<i>Pologne</i>	2004	2005	1	1	0	0
<i>République tchèque</i>	2004	2005	1	1	0	0
<i>Estonie</i>	2004	-	-	0	1	-
<i>Allemagne</i>	1951	1965	14	1465	217	0,1
<i>Pays-Bas</i>	1951	1961	10	646	112	0,2
<i>Royaume-Uni</i>	1973	1974	1	408	104	0,3
<i>Autriche</i>	1995	1995	0	276	86	0,3
<i>Danemark</i>	1973	1975	2	108	34	0,3
<i>Suède</i>	1995	1995	0	61	25	0,4
Total	-	-	-	5513	2667	0,5
<i>France</i>	1951	1965	14	693	343	0,5
<i>Belgique</i>	1951	1967	16	516	302	0,6
<i>Italie</i>	1951	1964	13	862	534	0,6
<i>Finlande</i>	1995	1996	1	42	33	0,8
<i>Espagne</i>	1986	1986	0	163	147	0,9
<i>Portugal</i>	1986	1989	3	57	105	1,8
<i>Grèce</i>	1981	1986	5	103	283	2,7
<i>Luxembourg</i>	1951	1963	12	59	182	3,1
<i>Irlande</i>	1973	1976	3	47	159	3,4

698. Nous constatons d'abord que les États pour lesquels la différence d'années entre l'entrée dans la construction communautaire et la première question préjudicielle posée est la plus forte (supérieure ou égale à 10) sont les six États fondateurs. Cela semble cohérent au regard du temps nécessaire pour la mise en branle du droit communautaire³¹⁹, ainsi que du fait d'une procédure de renvoi préjudiciel plus limitée, car cantonnée au contrôle de la validité des délibérations de la Haute Autorité et du Conseil au sein du traité CECA³²⁰. Excepté le Luxembourg, tous témoignent d'une bonne application du droit communautaire puisque le rapport calculé varie de 0.1 à 0.6, sachant que la moyenne est de 0.5.

Ensuite, il est intéressant de relever que le Royaume-Uni obtient un taux parmi les plus faibles avec 0.3. Aussi, malgré certaines résistances notoires de ce pays spécialement en matière de droits fondamentaux³²¹, nous devons reconnaître que, une fois l'engagement formulé, les Britanniques le respectent globalement bien.

Enfin, nous souhaitons saluer les juridictions hongroises pour leur propension réactive à s'intéresser au droit communautaire. En effet, elles n'ont pas attendu avant d'introduire un renvoi préjudiciel, et sont les plus nombreuses parmi les nouveaux États membres.

699. En somme, il n'existe pas de catégorie d'États membres homogène selon la date de leur entrée dans la construction communautaire. En outre, les juridictions nationales ne se révèlent pas toutes enclines à s'en remettre à la CJCE, malgré un besoin supposé par une mauvaise application du droit communautaire des pouvoirs exécutifs et législatifs, révélé par l'importance des recours en manquement d'État introduits par la Commission. Certaines témoignent tout de même de leur bonne volonté, non seulement en respectant l'obligation de renvoi qui leur incombe, mais également en participant activement à la construction du droit communautaire et spécialement au développement de la protection des droits fondamentaux.

2. L'usage orienté du renvoi préjudiciel

700. Dans certaines circonstances, il est indéniable que le juge national profite d'une question préjudicielle pour offrir l'opportunité à la CJCE de prendre position sur

³¹⁹ La Cour de justice fut instituée en 1952.

³²⁰ Voir l'article 41 CECA. Certes, la CJCE avait étendu sa compétence de manière à non seulement apprécier la validité des normes sous l'empire du traité CECA, mais également les interpréter, pour harmoniser ses compétences préjudicielles quels que soient les traités. Néanmoins, cette jurisprudence date de 1990 et ne pouvait donc pas influencer dans les années 1950 et 1960. Se référer à CJCE, 22 février 1990, *CECA c/ Busseni*, aff. C-221/88, *Rec.*, p. I-495, pts 10 à 17.

³²¹ Le Royaume-Uni fut l'un des plus farouches opposants à l'attribution d'une valeur juridique contraignante à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ensuite, il n'a « fini par accepter l'intégration de la Charte dans le traité constitutionnel, qu'au moyen d'une limitation de sa visibilité par son intégration dans la deuxième partie du traité constitutionnel, et qu'au prix d'une limitation de sa portée, par la réécriture de ses articles transversaux et la constitutionnalisation des "explications" réactualisées, établies sous l'autorité du præsidium de la Convention chargée d'élaborer la Charte ». Voir A. BERRAMDANE, « Les droits fondamentaux dans la Constitution européenne. La constitutionnalisation de la charte des droits fondamentaux », *RDUE*, 2003, pp. 613-645, p. 616.

un point particulier, ou de résoudre une controverse. Sans prétendre à l'exhaustivité³²², nous prendrons simplement l'exemple significatif de la médiation du juge judiciaire français, au sein de la controverse relative à l'inviolabilité du domicile³²³.

701. Alors que la CEDH protège de manière analogue le domicile et le local à usage professionnel et ce, clairement depuis son arrêt *Niemietz* du 16 décembre 1992³²⁴, la CJCE les a d'abord distingué pour écarter le second du champ d'application du droit à l'inviolabilité du domicile, dans son arrêt *Hoechst* du 21 septembre 1989³²⁵. Cette apparente divergence a alors alimenté une controverse doctrinale importante. Elle a notamment constitué l'« exemple le plus souvent cité »³²⁶ pour mettre en avant les rivalités entre les deux Cours. La CJCE a toutefois opéré un revirement de jurisprudence dans son arrêt *Roquette* du 22 octobre 2002³²⁷ : elle inclut désormais le local à usage professionnel dans le champ d'application du droit fondamental à l'inviolabilité du domicile.

702. En réalité, si la CJCE a été confrontée à cette question, c'est avant tout parce que la Cour de cassation française lui a soumis une question préjudicielle dont le contenu est très révélateur des motivations du juge national. Il semble en effet que ce dernier ne soit pas resté insensible aux invitations, à peine voilées de la CEDH, consistant à rappeler l'état de la jurisprudence communautaire à propos de la protection du local professionnel avant d'adopter une position contraire, alors même que cette mention était complètement inutile à la compréhension des affaires³²⁸.

³²² Pour un autre ex., se référer à P. CASSIA, « La contribution du juge administratif français des référés au caractère complet des voies de droit communautaire (À propos de l'ordonnance Sté Techna et a., CE, 29 oct. 2003, n° 260768, 261033 et 261034) », *Europe*, 2004, n° 1, pp. 5-11.

³²³ QU'il nous soit ici permis de renvoyer à un point de notre étude in « L'inviolabilité du domicile "privé" dans la décision n° 2004-492 DC du Conseil constitutionnel français : Mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la "théorie des sphères" », *CDE*, 2004, pp. 157-195, §§ 24 à 28, pp. 170-174.

³²⁴ Voir, de manière implicite, CEDH, 30 mars 1989, *Chappell c/ Royaume-Uni*, req. n° 10461/83, Série A, n° 152-A ; et de manière explicite, CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, req. n° 13710/88, série A n° 251-B, § 29.

³²⁵ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c/ Commission*, aff. jointes 46/87 et 277/88, *Rec.*, p. 2859, spéc. pt 19 ; confirmé par 17 octobre 1989, *Dow Benelux c/ Commission*, aff. 85/87 et *Dow Chemical Ibérica et autres c/ Commission*, aff. jointes 97 à 99/87, *Rec.*, pp. 3157 et 3185-3186 ; et par TPICE, 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA, BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV, DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Société artésienne de vinyle, Montedison SpA, Imperial Chemical Industries plc, Hüls AG et Enichem SpA c/ Commission*, aff. jointes T-305, 307, 313 à 316, 318, 325, 328, 329 et 335/94, *Rec.*, p. II-931.

³²⁶ J.-P. PUISSOCHET, « La Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1146.

³²⁷ CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères SA c/ Commission*, aff. C-94/00, *Rec.*, p. I-9011. Confirmé par TPICE, 11 décembre 2003, *Ventouris c/ Commission*, aff. T-59/99, *Rec.*, p. II-5257, pt 119 ; *Strintzis Lines Shipping c/ Commission*, aff. T-65/99, *Rec.*, p. II-5433, pt 39 ; et *Minoan Lines c/ Commission*, aff. T-66/99, *Rec.*, p. II-5515 ; et formalisé à l'article 27 du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOUE*, L 1, 4 janvier 2003, pp. 1-25.

³²⁸ CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, req. n° 13710/88, série A n° 251-B, § 22 ; et 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c/ France*, req. n° 37971/97, *Rec.* 2002-III, §§ 26 et 27.

703. Dans son arrêt du 7 mars 2000³²⁹, la chambre commerciale de la Cour de cassation française surseoit à statuer, et renvoie la question devant la CJCE après avoir suivi un raisonnement cohérent et judicieux. Puisque le juge se trouve confronté à la légalité d'une perquisition effectuée dans les locaux d'une société française sur demande de la Commission de l'Union et de la Communauté européenne, il est tenu d'appliquer le droit communautaire correspondant. Aussi rappelle-t-il la jurisprudence de la CJCE, en l'occurrence, l'arrêt *Hoechst* précité. Toutefois, il prend soin de mentionner la position de la CEDH dans son arrêt *Niemietz* susvisé. En effet, comme il l'explique lui-même ensuite, la CJCE considère que :

« les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect et qu'à cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré et que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme revêt, à cet égard, une signification particulière »³³⁰.

La Cour de cassation française met donc en parallèle deux jurisprudences divergentes sur la question de l'inviolabilité du local à usage professionnel. Elle est néanmoins tenue de les respecter toutes deux, par le jeu de l'article 55 de la Constitution française de 1958 qui confère une valeur supra-législative aux traités et accords régulièrement ratifiés. Elle aurait pu se contenter de faire primer la norme constitutionnelle, supérieure aux normes conventionnelles. Elle aurait ainsi pu suivre la position du Conseil constitutionnel qu'elle mentionne d'ailleurs³³¹. Cette attitude aurait été tout à fait justifiable au regard des dangers que véhicule une multiplication des recours et des juges. Le choix d'utiliser les outils nationaux, en l'occurrence suffisants, aurait pu être compris comme une volonté de ne pas cautionner la lourdeur d'un système européen et communautaire de recours, générant longueur et complexité des procédures³³².

Toutefois, elle décide de donner à la CJCE l'opportunité de s'expliquer sur l'exclusion du local professionnel du champ d'application de l'inviolabilité du domicile. Cette attitude est à notre sens révélatrice de la volonté d'aider à la clarification, voire à l'unification de la jurisprudence supranationale concernant le local professionnel. En outre, elle concourt à la simplification de la pratique du système de recours en Europe : si les juges européen et communautaire adoptent une solution similaire, il est fort probable que le requérant hésitera avant de saisir un ultime juge dont il sait que la jurisprudence

³²⁹ Cass. com., 7 mars 2000, *Société Roquette frères SA*, pourvoi n° 98-30389.

³³⁰ La Cour de cassation se réfère à : CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, aff. C-299/95, *Rec.* 1997, p. I-2629.

³³¹ Le Conseil constitutionnel français accorde depuis longtemps au local professionnel la protection constitutionnelle de l'inviolabilité du domicile. Voir, à ce sujet, M. FATIN-ROUGE STEFANINI, Rapport pour la France de la Table Ronde « Constitution et secret de la vie privée », 15 et 16 septembre 2000 à Aix-en-Provence, retranscrite in *AIJC*, XVI-2000, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 2001, pp. 259-290, p. 262.

³³² Sur cette question, voir l'objet de la XX^e Table ronde internationale des 17 et 18 septembre 2004, organisée à Aix-en-Provence, « Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale : à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe ? » in *AIJC*, XX-2004, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 2005, 830 p., pp. 141-422. Voir également *infra*, §§ 842-845.

n'est pas différente du premier. Il s'agit également pour la Cour de cassation de résoudre, par anticipation, un conflit de normes conventionnelles, susceptible de la placer dans une situation délicate. Certainement échaudée par la sanction des validations législatives de l'affaire *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c/ France*³³³, elle a préféré soumettre à la CJCE une question préjudicielle, seul recours dont les juges nationaux disposent pour obtenir une solution supranationale à ce conflit de normes conventionnelles.

704. La formulation de la question préjudicielle ne fait en outre que confirmer notre point de vue. En effet, à propos des visites et saisies des agents de l'Administration dans des locaux d'entreprises, la Cour de cassation française s'intéresse à la portée de l'arrêt *Hoechst* de la CJCE « eu égard aux droits fondamentaux reconnus par l'ordre juridique communautaire et à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ». Si la Cour de cassation pousse, de la sorte, la CJCE à s'expliquer au regard de la jurisprudence de Strasbourg, elle exhorte également la CJCE à adopter une position cohérente avec celle du droit constitutionnel français dans une question subsidiaire. Ainsi, dans « l'hypothèse où la Cour de justice refuserait de reconnaître l'obligation pour la Commission de présenter au juge national compétent les indices et éléments d'information dont elle dispose », la Cour de cassation rappelle qu'une telle situation aurait l'inconvénient de mettre le juge ordinaire « dans l'impossibilité d'exercer le contrôle exigé par son droit constitutionnel national ». Dès lors, la Cour de cassation adopte une position finement pensée : si le juge communautaire décide de maintenir sa jurisprudence *Hoechst*, il devra se prononcer sur l'épineux problème de la hiérarchie des normes nationales constitutionnelles et des normes communautaires. Certainement conscient d'une réticence du juge communautaire à discuter d'une controverse encore houleuse à l'époque³³⁴, le juge judiciaire français invite très fortement la CJCE à revoir ses positions.

705. Le stratagème de la Cour de cassation portera ses fruits : la CJCE adoptera l'arrêt *Roquette Frères SA* précité, opérant un revirement de jurisprudence remarqué qui n'aura pourtant sur l'affaire *Roquette* qu'un impact limité. En effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation, désormais compétente³³⁵, se prononcera avec une telle parcimonie pour rejeter le pourvoi³³⁶, que l'on peut s'interroger sur la réelle nécessité de

³³³ CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c/ France*, req. n° 24846/94, 34165/96 et 34173/96, *Rec.* 1999-VII.

³³⁴ La Cour constitutionnelle fédérale allemande n'avait pas encore rendu son arrêt *Solange III*. Voir not. : C. GREWE, « Le "traité de paix" avec la Cour de Luxembourg : l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane », *RTDE*, 2001, pp. 1-17.

³³⁵ Une ordonnance du Premier président de la Cour de cassation du 13 juillet 2002, entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2000, modifie la répartition des contentieux entre les chambres (art. R 121-5 du Code de l'organisation judiciaire français). Désormais, le contentieux des pourvois formés contre les ordonnances (rendues par les présidents des tribunaux de grande instance ou par les juges des libertés et de la détention) est attribué non plus à la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, mais à sa chambre criminelle.

³³⁶ Cass. crim., 22 octobre 2003, *Roquette Frères SA*, pourvoi n° 98-30389. Les juges n'énoncent qu'un seul attendu : « Attendu qu'en l'état de ces énonciations et dès lors, d'une part, qu'il résulte de l'article 56 bis de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 que les pouvoirs prévus à l'article 48 de cette ordonnance peuvent être mis en oeuvre dans le cadre d'une enquête effectuée par la Commission européenne et que, d'autre part, le droit, pour les agents de la Commission, de prendre copie des livres ou documents

poser une question préjudicielle à la CJCE. L'objectif de la Cour de cassation était toutefois atteint : elle avait réussi sa médiation pour la clarification de la protection du local professionnel.

706. Un tel exemple n'est certainement pas isolé. Nous pourrions, à ce titre, rappeler l'attitude du Tribunal administratif de Francfort qui, à propos de la protection des droits fondamentaux communautaires, initia un renvoi préjudiciel³³⁷ alors qu'il aurait pu se contenter d'appliquer la jurisprudence de sa Cour constitutionnelle fédérale³³⁸. Sa démarche permit cependant à la CJCE de formuler son arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, véritable point de départ de sa jurisprudence en la matière³³⁹.

De la même manière, nous relevons que les juges nationaux n'hésitent pas à se référer à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³⁴⁰. Ils envisagent certainement que la CJCE pourrait enfin leur répondre sur ce point. Sous cet angle, il est en outre intéressant d'envisager le contenu d'une question préjudicielle posée par une juridiction hongroise (le *Fővárosi Bíróság* ou Cour de la Capitale³⁴¹ ou de Budapest). Cette dernière énonce en effet :

« L'article 269/B, paragraphe 1, du code pénal hongrois, selon lequel celui qui utilise ou expose, en présence d'un large public, l'emblème représenté par une étoile rouge à cinq branches – en l'absence d'une infraction plus grave – commet un délit (mineur), est-il compatible avec le principe communautaire fondamental de non-discrimination ? L'article 6 du traité sur l'Union européenne selon lequel l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou les dispositions de la directive 2000/43/CE, qui renvoie de même aux libertés fondamentales, ou celles des articles 10, 11 et 12 de la charte des droits fondamentaux, permettent-ils à une personne qui souhaite

professionnels suppose, en cas de refus des dirigeants de l'entreprise, que ces livres ou documents soient préalablement saisis par les fonctionnaires nationaux présents pour assister les agents de la Commission, le président du tribunal, qui a procédé au contrôle qui lui incombait en vertu des articles 14, paragraphe 6, du règlement 17/62/CEE précité et 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, a justifié sa décision ».

³³⁷ TA de Francfort, ordonnance, 18 mars 1970, citée par : CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, *Rec.*, p. 1125, pt 1.

³³⁸ Cour constit. fédérale allemande, 18 octobre 1967, *BVerfGE*, 22, p. 293, arrêt reproduit par P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes – Étude des sources du droit communautaire*, Liège, Presses Universitaires de Liège, 3^{ème} éd., 1975, 316 p., pp. 304-306. Voir également l'extrait in J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, op. cit., pp. 931-932.

³³⁹ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, *Rec.*, p. 1125, pt 4. Voir *supra*, §§ 305-307.

³⁴⁰ Par ex., voir le pt 7 de la question préjudicielle posée par le Tribunal administratif régional italien de la région Latium (Lazio) : CJCE, 12 mai 2005, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSA*, aff. C-347/03, *Rec.*, p. I-3785, pt 58 : « Le droit de propriété visé à l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] et repris à l'article 17 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 [décembre] 2000, couvre-t-il également la propriété intellectuelle sur les dénominations d'origine des vins et son exercice [...] ? » Nous soulignons.

³⁴¹ Se référer aux explications du système juridictionnel hongrois traduites en français, sur le site Internet : <http://www.birosag.hu/engine.aspx?page=birosag_francais_02_systeme>.

manifester ses convictions politiques au moyen d'un emblème qui les reflète de le faire dans n'importe quel État membre ? »³⁴²

Le renvoi est finalement jugé irrecevable, en raison de l'incompétence de la CJCE pour « une réglementation qui ne se situe pas dans le cadre du droit communautaire », et pour un objet de litige qui « ne présente aucun élément de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par les dispositions des traités »³⁴³. Certes, nous pourrions tout bonnement expliquer ce renvoi par le manque d'expérience des juridictions hongroises. En effet, le renvoi, décidé le 24 juin 2004, est parvenu à la Cour le 28 juillet suivant, soit la même année que l'entrée de la Hongrie dans l'Union européenne. Toutefois, nous pourrions également y déceler la volonté des juges hongrois d'exploiter les potentialités des droits fondamentaux communautaires, ou simplement de témoigner à la Cour de leur attachement aux droits fondamentaux et spécialement à la Charte.

707. En tout cas, nous pensons que certaines juridictions nationales sont particulièrement réceptives à l'ouverture du dialogue initié par la Cour de justice. Elles y répondent, et bien au-delà des prévisions des auteurs des traités. La coopération n'est alors plus simplement procédurale, mais contribue activement au développement du droit communautaire. Le terrain des droits fondamentaux s'y révèle d'ailleurs propice. Il faut dire que les juges nationaux doivent appliquer moult textes en la matière et, de ce fait, ils peuvent avoir le sentiment d'être un peu désorientés. Notamment, les droits fondamentaux communautaires s'inspirent de plus en plus de la CESDH. Or, le juge de Strasbourg est spécialement chargé d'appliquer ce texte. Afin d'éviter des interprétations divergentes qui ne seraient pas comprises des juges nationaux, la Cour de justice s'est donc attelée à développer un dialogue également avec les juges européens.

§2. La coopération avec la CEDH

708. Depuis que la CJCE a inclu la CESDH au nombre des fondements des droits fondamentaux communautaires³⁴⁴, la doctrine s'inquiète des risques de conflit d'interprétations du même texte par deux juges différents³⁴⁵. Certains envisagent même ces risques comme une « fatalité »³⁴⁶. L'existence de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne ferait en outre qu'amplifier le phénomène puisqu'elle

³⁴² CJCE, ordonnance, 6 octobre 2005, *procédure pénale c/ Attila Vajnai*, aff. C-328/04_1, *Rec.*, p. I-8577, pt 8. Nous soulignons.

³⁴³ Pour les deux citations, *ibid.*, pt 13.

³⁴⁴ Implicitement, CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c/ Commission*, aff. 4/73, *Rec.*, p. 491, pt 13 ; et explicitement CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili c/ Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, *Rec.*, p. 1219, pt 32.

³⁴⁵ Pour une synthèse de la question, se référer à É. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 624 p., pp. 462-490, spéc. pp. 476-480.

³⁴⁶ Voir not. G. DELLIS, « Le droit au juge comme élément de la problématique sur la protection des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique communautaire », *REDP*, 2001, pp. 279-331, p. 330.

dédoublent les catalogues, et les mécanismes prévus pour promouvoir l'articulation des jurisprudences européenne et communautaire se révéleraient dès lors insuffisants³⁴⁷.

709. Certains auteurs s'attachent alors à souligner les risques de divergences³⁴⁸, tandis que les juges communautaire et européen s'évertuent à « éviter les conflits inutiles et [à] harmoniser leurs jurisprudences »³⁴⁹. Face aux potentiels conflits, les juges ont en fait choisi la voie efficace de l'interaction³⁵⁰ puisque, finalement, « les divergences sont peu nombreuses »³⁵¹. Ces rapports, non « pas de concurrence mais de complémentarité »³⁵², ne peuvent toutefois exister que par la conjonction des volontés de la Cour de justice (A) et de la CEDH (B) de les entretenir.

A. De la Cour de justice vers la CEDH

710. À partir du moment où la CJCE a décidé de s'inspirer de la CESDH pour élaborer les PGDC, elle ne pouvait pas ignorer la vision qu'en donnait la CEDH³⁵³. Si l'incorporation de la CESDH, telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg, fut « progressive et [...] prudente »³⁵⁴, elle n'en est pas moins demeurée réelle.

711. En vérité, la Cour de justice cherche le plus possible à respecter les logiques de la CESDH. Ainsi pose-t-elle des conditions à la limitation des droits fondamentaux tout à fait similaires à celles existant sous l'empire du droit européen³⁵⁵. Il

³⁴⁷ Voir, à ce sujet, O. LE BOT, « Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme : la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux », *RTDH*, 2003, n° 55, pp. 781-811. Se référer également à L.S. ROSSI, « "Constitutionnalisation" de l'Union européenne et des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 46.

³⁴⁸ Voir, par ex., P. WACHSMANN, « Les droits de l'homme », *RTDE*, 1997, pp. 883-902, spéc. pp. 886-887.

³⁴⁹ G. BRAIBANT, « De la Convention européenne des droits de l'Homme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. I, pp. 327-333, p. 333.

³⁵⁰ J.-P. PUISOCHET, « La Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1140.

³⁵¹ L. DUBOIS, « Les principes généraux du droit communautaire, un instrument périmé de protection des droits fondamentaux ? » in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, 720 p., pp. 77-90, p. 86.

³⁵² M. MELCHIOR, « La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire - Rapport de la première commission du VIIe Congrès international de droit européen organisé par la Fédération internationale pour le droit européen, du 2 au 4 octobre 1975, *L'individu et le droit européen* », *CDE*, 1976, pp. 469-476, p. 474.

³⁵³ *Contra*, É. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 462-490, spéc. pp. 472-476.

³⁵⁴ J.-P. PUISOCHET, « La Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1140.

³⁵⁵ M.A. DAUSES, « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *RTDE*, 1984, pp. 401-424, pp. 405 et 406. À propos de CJCE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz*, aff. 44/79, *Rec.*, p. 3727, p. 23.

était alors cohérent qu'elle cherche à respecter le contenu des droits garantis tels qu'expliqués par la CEDH. Dès lors, des principales hypothèses de conflits qu'une certaine partie de la doctrine s'attache à recenser, aucune n'est susceptible d'accréditer, sans faille, la thèse des rivalités d'interprétation. Au-delà des rares divergences à propos du concept de « juridiction »³⁵⁶, les conflits repérés se révèlent soit proprement inexistantes (1), soit avortés (2).

1. Les divergences inexistantes

712. En réalité, au moins deux hypothèses de conflits ont été découvertes là où il n'y en avait en fait pas.

En premier lieu, certains auteurs se sont concentrés sur une vision parcellaire des jurisprudences communautaire et européenne, pour considérer qu'il y avait conflit à propos du droit de ne pas témoigner contre soi-même³⁵⁷. Or, si la CJCE estime que ce droit n'existait pas en droit européen, elle considère qu'il « convient cependant d'examiner si certaines limitations au pouvoir d'investigation de la Commission au cours de l'enquête préalable ne résultent pas de la nécessité d'assurer le respect des droits de la défense » et, sur ce fondement, reconnaît en substance le droit de ne pas témoigner contre soi-même³⁵⁸. Depuis, la CEDH a elle-même protégé ce droit³⁵⁹, même s'il n'est « pas garanti expressément par l'article 6 de la Convention »³⁶⁰. Les deux juridictions adoptent alors une même vision de ce droit.

713. En second lieu, une partie de la doctrine a pu voir dans la sanction de la Belgique du fait de l'impossibilité des requérants de répondre aux conclusions de l'avocat général, et en raison de la présence de ce dernier au délibéré³⁶¹, une condamnation du modèle de l'avocat général/commissaire du gouvernement et, par ricochet, de l'avocat général de la Cour de justice³⁶². De ce fait, la CJCE fut confrontée à la demande de la société *Emesa Sugar*, réclamant le droit de répondre aux conclusions de l'avocat général chargé de son affaire. Néanmoins, la Cour le lui refusa, considérant que

³⁵⁶ Il existe quelques divergences concernant le concept de « juridiction », mais elles demeurent si « limitées » qu'elles s'effacent devant des convergences certaines. Voir R. KOVAR, « La notion de juridiction en droit européen » in *Gouverner, administrer, juger*, Liber amicorum Jean Waline, Paris, Dalloz, 2002, 797 p., pp. 607-628.

³⁵⁷ Voir not. C. TURNER, « *Human Rights Protection in the European Community : Resolving Conflict and Overlap Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights* », *op. cit.*, pp. 461 et 462.

³⁵⁸ CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem c/ Commission*, aff. 374/87, *Rec.*, p. 3283, resp. pts 30, 32 et 35. Pour une application plus récente, voir CJCE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland et autres c/ Commission*, aff. jointes C-204, 205, 211, 213, 217 et 219/00 P, *Rec.*, p. I-123, pts 65 et 207 à 208.

³⁵⁹ CEDH, 25 février 1993, *Funke c/ France*, req. n° 10828/84, Série A, n°256-A, § 44.

³⁶⁰ Pour cette explication, se référer à F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, § 219, 1°, pp. 377-378.

³⁶¹ CEDH, 20 février 1996, *Vermeulen c/ Belgique*, req. n° 19075/91, *Rec.*, 1996-I, § 33.

³⁶² Voir par ex. L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, § 615, 2°, pp. 468-471, p. 470, et § 659, pp. 517-519, p. 518.

l'avocat général communautaire s'éloigne tout de même du modèle de l'avocat général/commissaire du gouvernement en droit national³⁶³. En effet, l'avocat général de la Cour de justice relève du même statut que les juges, et jouit des mêmes garanties d'indépendance. Sa mission est dès lors différente : elle consiste à assister les juges, et non à représenter une autorité publique quelconque. D'ailleurs, et surtout, l'avocat général ne participe aucunement au délibéré. En outre, si les conclusions clôturent la phase orale de la procédure, il est toujours possible de la réouvrir, sur le fondement de l'article 61 du Règlement de procédure de la Cour³⁶⁴. Comme la demande de la société *Emesa Sugar* ne portait pas sur ce point, elle fut donc légitimement rejetée³⁶⁵.

Au surplus, nous remarquons que la jurisprudence récente de la CEDH ne fait que confirmer cette conclusion. En effet, la Cour de Strasbourg a eu l'occasion de préciser sa jurisprudence *Kress*, appliquant la logique de l'arrêt *Vermeulen* au cas de la France³⁶⁶. Réunie en grande chambre, elle considère que « la seule présence du commissaire du gouvernement au délibéré, que celle-ci soit "active" ou "passive" »³⁶⁷ justifie la condamnation de la France dans le récent arrêt *Martinie* du 12 avril 2006. Puisque l'avocat général auprès la CJCE n'est jamais présent au délibéré, comme le soulignait la CJCE dans son ordonnance *Emesa Sugar*, nous considérons que ni son existence, ni ses conclusions sont de nature à engendrer une violation de la CEDH.

2. Les divergences avortées

714. Par ailleurs, trois hypothèses de conflit reposent sur un anachronisme plus ou moins latent. En effet, la CJCE a pu prendre position sur des questions que la CEDH n'avait pas eu à connaître. Par conséquent, si la CEDH a par la suite infirmé l'interprétation de la juridiction communautaire, cela ne signifie pas que la seconde cherche à s'opposer à la première³⁶⁸. Au contraire, la Cour de justice s'efforce de s'aligner sur la nouvelle interprétation formulée par la Cour de Strasbourg dès qu'elle en a l'opportunité.

³⁶³ CJCE, ordonnance, 4 février 2000, *Emesa Sugar*, aff. C-17/98, *Rec.*, p. I-665, pts 11 à 19.

³⁶⁴ Pour un ex. de réouverture de la phase orale suite à des conclusions présentant un élément nouveau, voir *supra*, § 258.

³⁶⁵ Pour une appréciation plutôt positive de l'ordonnance *Emesa Sugar*, voir F. BENOÎT-ROHMER, « L'affaire *Emesa Sugar* : l'institution de l'avocat général de la Cour de justice des Communautés européennes à l'épreuve de la jurisprudence *Vermeulen* de la Cour européenne des droits de l'homme - Commentaire de l'ordonnance de la Cour de justice des Communautés européennes du 4 février 2000 dans l'affaire C-17/98 », *CDE*, 2001, pp. 403-426.

Notons que la société *Emesa Sugar* porta l'affaire devant la CEDH (req. n° 62023/00). Toutefois, cette dernière ne répondit pas à cette question puisque l'affaire fut déclarée irrecevable dans une décision du 13 janvier 2005. En effet, elle concernait des droits de douane et échappait donc, par là, au domaine de l'article 6 de la CEDH. Si nous n'avons trouvé aucune référence de cette décision sur le site Internet de la CEDH, voir à ce sujet F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH*, 2005, pp. 827-853, p. 843.

³⁶⁶ CEDH, 7 juin 2001, *Kress c/ France*, req. n° 39594/98, *Rec.*, 2001-VI, § 74.

³⁶⁷ CEDH, 12 avril 2006, *Martinie c/ France*, req. n° 58675/00, § 53.

³⁶⁸ Sur ce point, se référer à J.-P. PUISOCHET, « La Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1147.

715. D'abord, certains auteurs critiquent le refus par la CJCE de considérer l'interdiction de diffuser des informations sur l'avortement comme étant une restriction à la libre prestation de service³⁶⁹. En réalité, ils considèrent que cet arrêt s'oppose à la sanction par la CEDH, dans une affaire connexe³⁷⁰, de la violation de la liberté d'expression³⁷¹. Néanmoins, les jurisprudences en cause doivent être lues avec circonspection. En effet, comme le rappelle l'ancien juge à la CJCE PUISOCHET, la CJCE « a pu éviter de se prononcer sur la violation de la CEDH alors que les avocats généraux lui suggéraient une interprétation que la Cour de Strasbourg a ensuite contredite »³⁷².

Premièrement, la CJCE relève que « l'interruption de grossesse, telle que légalement pratiquée dans plusieurs États membres, est une activité médicale normalement fournie contre rémunération et susceptible d'être pratiquée dans le cadre d'une profession libérale »³⁷³. En outre, le juge refuse de se prononcer sur la valeur morale de l'avortement. De manière légitime³⁷⁴, il reconnaît en effet qu'il ne lui appartient pas « de substituer son appréciation à celle du législateur des États membres où les activités en cause sont légalement pratiquées »³⁷⁵. Aussi, et comme pour toute activité médicale, l'interruption médicale de grossesse constitue un service. Deuxièmement, il convient de rappeler que les informations étaient diffusées par des associations d'étudiants qui ne travaillaient pas pour le compte de la clinique pratiquant l'IVG au Royaume-Uni. Dès lors, la jurisprudence posant que l'interdiction de diffuser des informations constitue une restriction à la libre prestation de services, ne s'applique pas à l'espèce. Au contraire, « ces informations constituent une manifestation de la liberté d'expression et d'information, indépendante de l'activité économique exercée par les cliniques établies dans un autre État membre »³⁷⁶. Il en résulte l'absence d'une restriction à la libre prestation de service « lorsque les cliniques en question ne sont en aucune manière à l'origine de la diffusion desdites informations »³⁷⁷. Dernièrement, si la

³⁶⁹ CJCE, 4 octobre 1991, *Society for the protection of unborn children Ireland c/ Grogan et autres*, aff C-159/90, *Rec.*, p. I-4685.

³⁷⁰ CEDH, 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin well woman c/ Irlande*, req. n° 14234 et 14235/88, Série A, n° 246-A.

³⁷¹ Voir par ex. L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, § 615, 2°, pp. 468-471, p. 470. Nous remarquons toutefois que, dans les éditions précédentes, l'auteur n'adoptait pas la même position dans la mesure où il considérait que l'« exemple éclairant de ces risques » de conflit entre les juges européen et communautaire était « fort heureusement non concrétisé en l'espèce ». Voir successivement L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 1^{ère} éd., 2000, 563 p., § 614, pp. 486-489, p. 488 ; et 2^{ème} éd., 2002, 530 p., § 615, pp. 449-451, p. 451.

³⁷² J.-P. PUISOCHET, « La Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1147.

³⁷³ CJCE, 4 octobre 1991, *Society for the protection of unborn children Ireland c/ Grogan et autres*, aff C-159/90, *Rec.*, p. I-4685, pt 18.

³⁷⁴ *Contra*, voir J. COPPEL et A. O'NEILL, « The European Court of Justice : Taking Rights Seriously ? », *CML Rev.*, 1992, pp. 669-692, p. 687.

³⁷⁵ CJCE, 4 octobre 1991, *Society for the protection of unborn children Ireland c/ Grogan et autres*, aff C-159/90, *Rec.*, p. I-4685, pt 20.

³⁷⁶ *Ibid.*, pt 26.

³⁷⁷ *Ibid.*, pt 32.

CJCE est compétente en matière de droits fondamentaux, et donc pour protéger la liberté d'expression, elle ne dispose pas de la capacité de le faire « à l'égard d'une réglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit communautaire »³⁷⁸. Or, « il apparaît que tel est le cas de l'interdiction qui fait l'objet du litige »³⁷⁹. Le juge communautaire se refuse donc à apprécier la violation invoquée de la liberté d'expression.

Pour sa part, le juge européen adopte une position qu'il convient également de préciser. S'il condamne l'Irlande pour violation de la liberté d'expression, c'est surtout parce qu'il est « frappé » par le caractère absolu et définitif de la limitation³⁸⁰. Ainsi conclut-il que « l'ingérence se révèle trop large et disproportionnée »³⁸¹. Il n'en déduit toutefois pas une réflexion approfondie sur la question puisqu'il n'aborde pas le conflit entre le droit à la vie et la liberté d'expression³⁸². En réalité, il ne souhaite pas non plus se prononcer sur la valeur morale de l'avortement³⁸³.

En définitive, comme le conclut le professeur Sudre, « [i]l n'y a pas eu ici de conflit entre les deux juridictions, qui se sont prononcées chacune dans leur domaine de compétences respectif »³⁸⁴.

716. Ensuite, la CJCE considéra que le monopole public autrichien en matière de radiodiffusion télévisuelle n'était pas contraire à la liberté de communication, contenue dans la liberté d'expression, alors que la CEDH adoptera, plus tard, une position inverse³⁸⁵. La CJCE s'est cependant rangée à l'interprétation de la CEDH³⁸⁶.

717. Enfin, et de la même façon, la CJCE se prononça sur un point de droit concernant l'inviolabilité du domicile, sur lequel la CEDH n'avait jamais réellement pris position³⁸⁷. Certes, l'arrêt *Chappell* de la CEDH aurait pu constituer un exemple d'extension du champ d'application du droit à l'inviolabilité du domicile au local professionnel. Toutefois dans cette affaire, « la "perquisition" litigieuse avait eu lieu au

³⁷⁸ *Ibid.*, pt 31.

³⁷⁹ *Ibid.*, pt 31.

³⁸⁰ CEDH, 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin well woman c/ Irlande*, req. n° 14234 et 14235/88, Série A, n° 246-A, §§ 71 à 73.

³⁸¹ *Ibid.*, pt 74.

³⁸² Voir à ce sujet F. RIGAUX, « Logique et droits de l'homme » in *Protection des Droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 1587 p., pp. 1197-1211, § 15, pp. 1205-1206.

³⁸³ Sur ce point, se référer not. à F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., § 248, pp. 464-468, spéc. pp. 467-468.

³⁸⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., § 100, 2°, p. 145, note n° 1.

³⁸⁵ Se référer resp. à CJCE, 18 juin 1989, *ERT c/ DEP*, aff. C-260/89, *Rec.*, p. I-2925 ; et à CEDH, 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia et autres c/ Autriche*, req. n° 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89 et 17207/90, Série A, n° 276. Voir à ce sujet P. WACHSMANN, « Les droits de l'homme », op. cit., p. 887.

³⁸⁶ CJCE, 23 octobre 2003, *RTL Television*, aff. C-245/01, *Rec.*, p. I-12489. Voir, en ce sens, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., § 245, pp. 457-458, p. 458.

³⁸⁷ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst c/ Commission*, aff. jointes 46/87 et 277/88, *Rec.*, p. 2859. Voir à ce sujet P. WACHSMANN, « Les droits de l'homme », op. cit., p. 887.

domicile même du requérant, où celui-ci exerçait ses activités professionnelles »³⁸⁸. Or, la CEDH ne s'est prononcée sur la titularité des personnes morales du droit à l'inviolabilité de leur domicile qu'en 2000, dans son arrêt *Société Colas Est*. Jusqu'alors, la CJCE ne disposait d'aucun élément ne lui permettant d'interpréter largement les positions de la CEDH. D'ailleurs, la CEDH semble avoir compris l'attitude de la CJCE. En effet, si elle avait lancé une invitation à la CJCE dans son arrêt *Niemietz* de 1992, dans deux affaires du 25 février 1993 et du 4 mai 2000, concernant la conformité de perquisitions à l'article 8 de la CESDH, elle n'opère aucun rappel à la jurisprudence des juridictions communautaires, pourtant toujours divergente³⁸⁹. La CEDH qui devait avoir entendu les motivations de la CJCE ne mentionna la jurisprudence communautaire qu'une fois qu'elle fut confrontée à l'inviolabilité du domicile d'une personne morale : dans l'affaire *Société Colas Est*³⁹⁰. Dès lors, la CJCE a modifié sa position rapidement après l'affaire *Colas*, à laquelle elle se réfère d'ailleurs explicitement³⁹¹. En somme, comme le résume le juge Puissochet, « [l]'exemple le plus souvent cité est quelque peu paradoxal »³⁹².

718. En définitive, la CJCE témoigne régulièrement de son profond respect envers la jurisprudence de la CEDH³⁹³. D'ailleurs, elle ne s'est pas départie de cette considération lorsqu'elle a utilisé pour la première fois la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En effet, en se référant neuf fois à la jurisprudence de la CEDH, la Cour signe un des arrêts dans lequel cette jurisprudence occupe une place des plus importantes³⁹⁴. Par là, elle témoigne certainement de sa volonté de n'opposer ni la Charte à la CESDH, ni la Charte à la jurisprudence de la CEDH. La CJCE semble ainsi ambitionner de couper court aux critiques formulées au sujet de la dualité de catalogue des droits fondamentaux en Europe.

719. La Cour de justice ne dissimule d'ailleurs pas (ou plus) qu'elle s'intéresse directement à l'activité de la Cour de Strasbourg. En ce sens, et au-delà des rencontres

³⁸⁸ J.-P. PUISSOCHET, « La Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1146.

³⁸⁹ CEDH, 25 février 1993, *Mialhe c/ France* (n° 1), req. n° 12661/87, Série A, n° 256-C ; et 4 mai 2000, *Rotaru c/ Roumanie*, req. n° 28341/95, *Rec.*, 2000-V.

³⁹⁰ CEDH, 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c/ France*, req. n° 37971/97, *Rec.* 2002-III, §§ 26 et 27.

³⁹¹ CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères SA*, aff. C-94/00, *Rec.*, p. I-9011, § 29.

³⁹² J.-P. PUISSOCHET, « La Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1146. À ce sujet, voir également J. MISCHO, « Hoechst, Colas, Roquette : illustration d'une convergence » in *Une communauté de droit – Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BMW, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, 648 p., pp. 137-145.

³⁹³ *Contra*, É. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 462-490, spéc. pp. 480-482. Nous remarquons toutefois que l'auteur n'a pas pu prendre en compte les revirements de jurisprudence de la CJCE tendant à s'aligner sur les positions de la CEDH. Ces revirements ont en effet été ultérieurs à la publication de sa thèse.

³⁹⁴ CJCE, grande chambre, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769, pts 38, 54 à 56, 62, 64, 65, 85 et 98.

des membres des deux juridictions³⁹⁵, le bulletin intitulé *Reflets - Informations rapides sur les développements juridiques présentant un intérêt communautaire* dont nous avons déjà parlé³⁹⁶ comporte une rubrique relative à la jurisprudence des juridictions européennes et internationales. Les membres de la Cour de justice sont donc régulièrement informés des diverses interprétations que formule la CESDH, et des éventuels messages qu'elle peut leur envoyer. Cette considération pour son homologue s'avère en outre réciproque puisque la CEDH se manifeste encline à répondre au dialogue des juges initié.

B. De la CEDH vers la Cour de justice

720. La CEDH se révèle également intéressée par la construction communautaire. Alors que le processus « constitutif » communautaire avait repris, et que ce processus emporte l'adhésion de l'Union européenne à la CESDH³⁹⁷, elle organisa un séminaire intitulé « Le dialogue entre juges » auquel devait notamment prendre part, en tant que rapporteur, l'ancien avocat général JACOBS à la CJCE³⁹⁸. Ce séminaire, regroupant trente-deux présidents des Cours suprêmes et constitutionnelles des États membres du Conseil de l'Europe, n'était ouvert ni au public, ni à la presse. Ayant pour objet la jurisprudence relative à la CESDH dans une perspective dialogique, il a ainsi certainement permis de confirmer, à destination des juges nationaux déjà sensibilisés par les travaux de la Commission de Venise³⁹⁹, l'existence et surtout la continuation, voire le renforcement, de la coopération entre les juges européen et communautaire. Il aurait de toute façon été surprenant que la CEDH ne témoignât pas d'une telle volonté de coopération avec son homologue de Luxembourg alors même que le Conseil de l'Europe dont elle émane, venait d'officialiser, avec la Commission de l'Union européenne, leur intention « d'intensifier [leur] dialogue » au sein de leur *Déclaration conjointe sur la*

³⁹⁵ Sur ce point, l'ancien président de la CJCE LECOURT évoque les coopérations entre les deux juridictions notamment entreprises par l'ancien président de la CEDH WIARDA. É. LAMBERT estime cependant que ces « rencontres [...] aussi souhaitables soient elles, sont également insuffisantes ». Voir, resp., R. LECOURT, « Cour européenne des Droits de l'Homme et Cour de justice des Communautés européennes » in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, 750 p., pp. 335-340, p. 339 ; et É. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 480.

³⁹⁶ Voir *supra*, § 692.

³⁹⁷ Le §2 de l'article 7 du traité établissant une Constitution pour l'Europe du 20 juin 2003 a en effet été modifié par la Conférence des représentants des Gouvernements des États membres, réunie à Bruxelles, le 6 août 2004 (CIG 87/04). Désormais, l'Union ne « s'emploie plus à adhérer » comme dans la version précédente, mais « adhère » à la CESDH selon l'article 7 qui, renuméroté par la conférence des représentants des Gouvernements des États membres, réunie à Bruxelles, le 13 octobre 2004 (CIG 87/1/04 REV 1), est devenu l'article I-9.

³⁹⁸ Se référer au communiqué du greffier n° 18 publié le 21 janvier 2005, consacré à l'Ouverture de l'année judiciaire.

³⁹⁹ La Commission européenne pour la démocratie par le droit, plus connue sous le nom de Commission de Venise, créée en 1990 dans le cadre du Conseil de l'Europe, s'est en effet intéressée à la construction communautaire. Comme l'indique son site Internet, elle travaille depuis plusieurs années sur l'intégration européenne. Voir le site Internet : <http://www.venice.coe.int/site/main/Themes_Transn_F.asp>.

coopération et le partenariat entre le Conseil de l'Europe et la Commission européenne⁴⁰⁰. Cette Déclaration du 3 avril 2001 dévoile, en outre, qu'une telle coopération existait depuis plus longtemps, puisqu'il y est question d'échanges de lettres entre le Secrétaire général du Conseil de l'Europe et le Président de la Commission européenne le 16 juin 1987 et le 5 novembre 1996, c'est-à-dire à deux moments importants de la construction communautaire : respectivement, avant l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen incarnant le renouveau de cette construction, finalement reflété dans le traité de Maastricht⁴⁰¹ ; et peu de temps après la signature du traité d'Amsterdam (le 2 octobre 1997) dont on attendait certes plus, mais qui a conféré compétence à la CJCE sur le §2 de l'article F, devenu 6 TUE. La date de la Déclaration elle-même n'est pas anodine, car elle succède à la proclamation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Or, cette Charte, conçue comme le premier pas d'un processus « constitutif » communautaire, faisait craindre les rivalités entre CEDH et CJCE du fait de la dualité de catalogues initiée. L'heure semblait donc à l'apaisement rassurant.

721. La CEDH ne pouvait alors pas ignorer les échanges existants entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Le fait d'avoir intitulé son séminaire « Le dialogue entre juges » ne peut, à notre sens, que démontrer son intention de prolonger cette coopération politique sur le plan juridictionnel. Il permet en outre d'officialiser le fil conducteur de la jurisprudence européenne à propos du droit communautaire. Durant des années, la CEDH s'est attachée à respecter, par le déni de compétence, le droit communautaire. Elle adoptait dès lors une attitude « attentiste »⁴⁰² (1). Elle semble toutefois avoir été touchée par l'échec du processus « constitutif » communautaire et, désormais, ne plus vouloir cacher ses aspirations (2).

1. Le respect attentiste

722. Pendant longtemps, la Commission européenne des droits de l'homme, puis la CEDH⁴⁰³, se sont montrées frileuses à prendre position sur la responsabilité des États pour les actes pris en application du droit communautaire par rapport à la CEDH. De nombreuses « "non-décisions" »⁴⁰⁴ ont été adoptées, au point que le professeur BENOÎT-ROHMER évoque les « mauvais esprits pouv[ant] se demander si la Cour avait vraiment

⁴⁰⁰ Document disponible sur Internet : <http://jp.coe.int/programmes/general/Joint_Declaration_EF.pdf>. Voir également les travaux organisés dans le cadre de ce programme conjoint : <<http://jp.coe.int/>>.

⁴⁰¹ Voir l'Acte unique européen (AUE) signé à Luxembourg et à La Haye les 17 et 28 février 1986 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987, *JOCE*, L 169 du 29 juin 1987.

⁴⁰² Terme utilisé par A. BULTRINI, « La responsabilité des États-membres de l'Union européenne pour les violations de la CEDH imputables au système communautaire », *RTDH*, 2002, pp. 5-43, p. 6.

⁴⁰³ Sur la Commission initialement chargée de la recevabilité des requêtes au sein du système original, et sur la réforme du Protocole n° 11, voir par ex. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., §§ 290-291, pp. 533-537.

⁴⁰⁴ Pour reprendre la qualification adoptée par l'avocat au barreau de Bruxelles Frédéric KRENC à propos de la décision *Senator Lines*. Voir F. KRENC, « La décision *Senator Lines* ou l'ajournement d'une question délicate », *RTDH*, 2005, pp. 121-158, § 1, p. 121.

l'intention de statuer sur cette question ou si elle s'efforcera de laisser la situation dans l'incertitude dans l'attente d'une éventuelle adhésion de l'Union à la » CESDH⁴⁰⁵.

723. Il est vrai que la quasi-totalité des affaires traitées par les instances de la CESDH et concernant le droit communautaire a été déclarée irrecevable. En effet, et à notre connaissance, au moins vingt-trois requêtes ont été introduites⁴⁰⁶ dont quatorze ont fait l'objet d'une décision ou d'un arrêt. Sur ces quatorze requêtes, onze ont été irrecevables, soit pour incompétence *ratione personae*, soit pour incompétence *ratione materiae*, la Cour se retranchant également derrière des points de procédure donnant l'impression d'éviter soigneusement de répondre.

D'abord, les instances de la CESDH ont plusieurs fois profité de ce que la requête introduite ne présentait pas toutes les conditions de recevabilité pour éviter de s'intéresser à son objet. Notamment, il a pu s'agir du non-épuisement des voies de recours internes⁴⁰⁷, d'une requête manifestement mal fondée⁴⁰⁸, d'une absence de lien juridictionnel entre les requérants et les États visés par eux⁴⁰⁹, ou encore du fait que les requérants ne pouvaient pas se prétendre « victimes » au sens de la CESDH en raison du défaut d'acte individuel⁴¹⁰, ou de la non-application de la sanction, en outre, ultérieurement annulée⁴¹¹.

⁴⁰⁵ F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *op. cit.*, p. 827.

⁴⁰⁶ Pour une liste de requêtes introduites visant des actes communautaires, mais pas encore traitées, voir F. KRENC, « La décision *Senator Lines* ou l'ajournement d'une question délicate », *op. cit.*, p. 121, note n° 3 : « *Lau c. Allemagne et C.E.E.* (req. n° 62298/00) ; *Connolly c. 15 États membres de l'U.E.* (req. n° 73274/01) ; *Biret International SA c. 15 États membres de l'U.E.* (req. n° 1:3762/04) ; *Fayache c. France et 44 autres États* (req. n° 22954/02) ; *West et Hunter c. Royaume-Uni* (req. n° 38063/02) ; *MacDonald c. Royaume-Uni et autres* (req. n° 338/03) ; *Orme et autres c. Belgique* (req. n° 78065/01) ; *Gasparini c. Belgique et Italie* (req. n° 10750/03) ; [...] et] *Behrami c. France* (req. n° 71412/01) ». Nous reproduisons l'erreur de frappe (?) du numéro de la requête *Biret*.

⁴⁰⁷ Décision de la Commission européenne des droits de l'homme, 19 janvier 1989, *Dufay c/ les Communautés européennes, subsidiairement, la collectivité de leurs États membres et leurs États membres pris individuellement*, req. n° 13539/88, non publiée.

⁴⁰⁸ Décision de la CEDH, troisième Section, 16 septembre 2004, *Delbos et autres c/ France*, req. n° 60819/00, non publiée.

⁴⁰⁹ Décision de la CEDH, grande chambre, 12 décembre 2001, *Vlastimir et Borka BANKOVIĆ et autres c/ la Belgique, la République tchèque, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, la Hongrie, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, la Pologne, le Portugal, l'Espagne, la Turquie et le Royaume-Uni*, req. n° 52207/99, *Rec.*, 2001-XII.

⁴¹⁰ Décision de la CEDH, troisième section, 16 et 23 mai 2002, *Segi et AUTRES et Gestoras Pro-Amnistia et AUTRES c/ l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni et la Suède*, req. n° 6422/02 et 9916/02, *Rec.*, 2002-V.

⁴¹¹ Décision de la CEDH, grande chambre, 10 mars 2004, *Senator Lines GmbH c/ l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni*, req. n° 56672/00, *Rec.*, 2004-IV. Pour une critique de cette appréciation de la qualité de victime, spécialement au regard de la jurisprudence *Soering* (CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, req. n° 14038/88, Série A, n° 161), se référer à F. KRENC, « La décision *Senator Lines* ou l'ajournement d'une question délicate », *op. cit.*, §§ 21-23, pp. 141-144.

Ensuite, les instances européennes ne peuvent pas être compétentes vis-à-vis de la Communauté ou de l'Union européennes puisqu'elles ne sont pas parties à la CESDH⁴¹² et ce, même si cela peut engendrer une situation de déni de justice⁴¹³.

Enfin, elles n'étaient pas compétentes pour apprécier une réglementation de nature administrative, les conditions de recrutement à la fonction publique communautaire ou des droits de douane, dans la mesure où ils échappent au domaine civil et pénal de l'article 6 de la CESDH⁴¹⁴. Elles ont également refusé de traiter une requête tendant à « voir tirer des articles 6 et 13 de la Convention le droit à être informé par des mentions figurant sur tout acte attaquant, tant des délais que de la computation des délais et que des voies et juridictions de recours disponibles », du fait « que ces articles ne couvrent pas de telles garanties »⁴¹⁵. En outre, la défunte Commission européenne des droits de l'homme a pu s'estimer incompétente *ratione materiae*, pour apprécier l'*exequatur* des juridictions allemandes d'un arrêt de la CJCE puisque la construction communautaire assure « une protection équivalente » aux droits fondamentaux⁴¹⁶. Cette dernière jurisprudence fut particulièrement critiquée par la doctrine, car elle revenait à conférer une immunité au droit communautaire⁴¹⁷. De toute façon, il apparaît qu'elle ait été « heureusement abandonnée »⁴¹⁸ par la suite.

724. La CEDH a effectivement choisi de se reconnaître compétente pour les actes des États parties à la CESDH pris en application du droit communautaire du moment que l'État dispose d'une certaine marge de manœuvre. D'une part, elle contrôle une loi de transposition d'une directive⁴¹⁹, même si elle semble avoir ici fait preuve d'une

⁴¹² Voir, en particulier, Décisions de la Commission européenne des droits de l'homme, 10 juillet 1978, *CFDT c/ Communautés européennes, Décisions et rapports de la Commission – annuaire de la CEDH*, n° 13, p. 231 ; et 19 janvier 1989, *Dufay c/ les Communautés européennes, subsidiairement, la collectivité de leurs États membres et leurs États membres pris individuellement*, req. n° 13539/88, non publiée.

⁴¹³ Pour une critique de la situation, se référer par ex. à P. PESCATORE, « La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'Homme » in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, 750 p., pp. 441-455, p. 448. En effet, la CJCE et le Conseil d'État français s'étaient successivement déclarés incompétents, laissant la CFDT sans juge. Voir, resp., 17 février 1997, *CFDT c/ Conseil*, aff. 66/76, *Rec.*, p. 305 ; et CE, 10 février 1978, *CFDT*, req. n° 5225, *Rec.*, p. 61.

⁴¹⁴ Resp., Décision d'irrecevabilité partielle de la Commission européenne des droits de l'homme, 1^{er} juillet 1993, *Procola c/ Luxembourg*, req. n° 14570/89, *Décisions et rapports de la Commission – annuaire de la CEDH*, n° 75, p. 5 ; Décision de la Commission EDH (Première Chambre), 22 octobre 1998, *Garzilli c/ les États membres de l'Union européenne*, req. n° 32384/95, non publiée ; Décision de la CEDH, 13 janvier 2005, *Emesa Sugar c/ Pays-Bas*, req. n° 62023/00, introuvable sur Internet mais mentionnée in F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *op. cit.*, p. 843.

⁴¹⁵ Décision de la CEDH, troisième section, 4 juillet 2000, *Société Guérin Automobiles c/ les 15 États de l'Union européenne*, req. n° 51717/99, non publiée.

⁴¹⁶ Décision de la Commission européenne des droits de l'homme, 9 février 1990, *M. & Co. c/ Allemagne*, req. n° 13258/87, *Décisions et rapports de la Commission – annuaire de la CEDH*, n° 64, pp. 146-153.

⁴¹⁷ Pour une synthèse de la question, voir par ex., F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *op. cit.*, pp. 840-841.

⁴¹⁸ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, § 325, pp. 592-593, p. 593. Pour une critique, voir *infra*, § 727.

⁴¹⁹ CEDH (grande chambre), 15 novembre 1996, *Cantoni c/ France*, req. n° 17862/91, *Rec.*, 1996-V.

« certaine "complaisance" »⁴²⁰. Par nature, la directive ne prescrit en effet aucune obligation de moyen mais de résultat, laissant par principe aux États une liberté d'action certaine⁴²¹. D'autre part, elle décide qu'un État membre de l'Union ou de la Communauté européennes est responsable, devant la CEDH, des actes pris en application du droit communautaire primaire⁴²². Il s'agissait, en l'espèce, de la mise en œuvre d'une décision n° 76/787 du Conseil du 20 septembre 1976, et de l'Acte annexé portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct, tous deux adoptés à l'unanimité. Le Royaume-Uni avait donc eu la faculté de s'y opposer. La nature de ces documents prescrivait également l'incompétence de la CJCE pour les apprécier. La CEDH a dès lors voulu aussi éviter une situation de déni de justice⁴²³, et se prémunir par là des critiques qu'elle avait déjà essuyées dans l'affaire *CFDT*⁴²⁴.

725. En définitive, « on peut dire avant tout que les États sont responsables par rapport aux actes normatifs dont ils ont la maîtrise directe, indépendamment de la marge de manœuvre que la réglementation dont il s'agit laisse aux États [...] et ceux par lesquels l'État participe à l'élaboration du droit communautaire primaire »⁴²⁵. En d'autres termes, la CEDH se reconnaît compétente pour contrôler la conventionnalité des actes nationaux d'application du droit communautaire dans la mesure où les États disposent d'une marge d'appréciation, que ce soit dans l'adoption du droit primaire, ou dans la mise en œuvre du droit dérivé. Elle respecte ainsi l'ordre juridique communautaire puisqu'elle ne met vraiment en cause que les États.

La question du contrôle des actes nationaux d'application du droit communautaire pour lesquels les autorités nationales ne disposent d'aucune marge d'appréciation demeurerait toutefois en suspens. La requête *Bosphorus* devait en fait permettre à la CEDH d'y apporter une solution.

2. Vers un respect agissant

726. Plusieurs affaires concernant le droit communautaire sont encore pendantes devant la CEDH⁴²⁶. De ce fait, elle disposait des moyens pour réagir à l'enlisement du traité établissant une Constitution pour l'Europe, annoncé par l'échec des référendums français et néerlandais fin mai/début juin 2005⁴²⁷. Il est en effet difficile de

⁴²⁰ G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, « À propos de l'arrêt *Matthews c/ Royaume-Uni* (18 février 1999) », *RTDE*, 1999, pp. 637-657, p. 643.

⁴²¹ Sur ce point, voir *supra*, § 142.

⁴²² CEDH, grande chambre, 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*, req. n°24833/94, *Rec.*, 1999-I.

⁴²³ G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, « À propos de l'arrêt *Matthews c/ Royaume-Uni* (18 février 1999) », *op. cit.*, p. 645. Voir également O. de SCHUTTER et O. L'HOEST, « La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire : Gibraltar, l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *CDE*, 2000, pp. 141-214.

⁴²⁴ Voir *supra*, § 723.

⁴²⁵ A. BULTRINI, « La responsabilité des États-membres de l'Union européenne pour les violations de la CEDH imputables au système communautaire », *op. cit.*, p. 24.

⁴²⁶ Voir *supra*, § 723.

⁴²⁷ Voir *supra*, § 246.

comprendre autrement le comportement de la CEDH. Alors que ce sont succédées trois décisions d'irrecevabilité en la matière jusqu'en janvier 2005⁴²⁸, dont l'une engendra la déception⁴²⁹, la Cour de Strasbourg signe un arrêt si audacieux que la doctrine évoque même l'idée d'une « adhésion contrainte de l'Union à la Convention »⁴³⁰. La CEDH se reconnaît effectivement compétente pour apprécier la mise en œuvre nationale d'un acte communautaire pour lequel les autorités nationales ne disposaient d'aucune marge d'appréciation⁴³¹. Il est à notre avis essentiel de souligner que cet arrêt *Bosphorus* a été rendu le 30 juin 2005, soit un mois après les référendums négatifs susvisés. Aussi et comme le rappelle le professeur BENOÎT-ROHMER, cet « arrêt intervient à un moment où l'idée d'une adhésion de l'Union à la [CEDH] devient incertaine dès lors que la perspective d'une proche entrée en vigueur de la Constitution européenne paraît s'éloigner »⁴³².

727. Ainsi cet arrêt constitue-t-il d'emblée un élément important de la jurisprudence européenne à propos du droit communautaire. Déjà, il réhabilite la décision *M & Co* de 1990⁴³³ que l'on avait crue, à tort, isolée⁴³⁴. En effet, si la Cour ne la reprend pas dans sa décision *Procola* de 1993⁴³⁵, c'est surtout parce que les circonstances sont différentes. La seconde requête ne concernait pas un acte communautaire annihilant la marge d'appréciation nationale, car le règlement en cause offrait aux États le choix entre deux formules. Certes, la subtilité des faits pouvait induire en erreur : un règlement communautaire ne présente habituellement aucune marge de manœuvre nationale. Pourtant, la Cour ne souhaitait pas abandonner sa jurisprudence *M & Co*, puisqu'elle en reprend le principe dans son si remarqué arrêt *Matthews*⁴³⁶. Confrontée de nouveau à un acte obligatoire du droit communautaire dans l'affaire *Bosphorus*, la CEDH se place

⁴²⁸ Décision de la CEDH, grande chambre, 10 mars 2004, *Senator Lines GmbH c/ l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Grèce, L'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni*, req. n° 56672/00, Rec., 2004-IV ; Décision de la CEDH, troisième section, 16 septembre 2004, *Delbos et autres c/ France*, req. n° 60819/00, non publiée ; Décision de la CEDH, 13 janvier 2005, *Emesa Sugar c/ Pays-Bas*, req. n° 62023/00, introuvable sur Internet, mais mentionnée in F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *op. cit.*, p. 843.

⁴²⁹ Voir spéc. F. KRENC, « La décision *Senator Lines* ou l'ajournement d'une question délicate », *op. cit.*

⁴³⁰ Voir spéc. F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *op. cit.*

⁴³¹ CEDH, grande chambre, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c/ Irlande*, req. n° 45036/98. Se référer, spéc. à ce sujet, à J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La Cour de Strasbourg gardienne des droits de l'homme dans l'Union européenne ? », *RFDA*, 2006, n° 3, pp. 566-576.

⁴³² F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *op. cit.*, p. 829.

⁴³³ Décision de la Commission européenne des droits de l'homme, 9 février 1990, *M. & Co. c/ Allemagne*, req. n° 13258/87, *Décisions et rapports de la Commission – annuaire de la CEDH*, n° 64, pp. 146-153.

⁴³⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, § 325, pp. 592-593, p. 593.

⁴³⁵ Décision d'irrecevabilité partielle de la Commission européenne des droits de l'homme, 1^{er} juillet 1993, *Procola c/ Luxembourg*, req. n° 14570/89, *Décisions et rapports de la Commission – annuaire de la CEDH*, n° 75, p. 5.

⁴³⁶ Sur ce point, voir not. G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, « À propos de l'arrêt *Matthews c/ Royaume-Uni* (18 février 1999) », *op. cit.*, p. 645.

alors logiquement dans la ligne de sa jurisprudence. Elle considère en fait que chaque État membre de l'Union européenne doit être tenu responsable de toute violation de la CESDH, y compris lorsqu'il met en œuvre une norme obligatoire du droit communautaire. En effet, la portée du transfert de compétences opéré ne saurait avoir pour effet de limiter la protection des droits fondamentaux⁴³⁷. Néanmoins, en vertu du respect de son engagement communautaire qui constitue « un dessein légitime » aux yeux de la Cour⁴³⁸, celle-ci estime que :

« une mesure de l'État prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention »⁴³⁹.

De ce fait, et après avoir énuméré les éléments du système de protection des droits fondamentaux communautaires, la Cour de Strasbourg énonce :

« Dans ces conditions, la Cour estime pouvoir considérer que la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est, et était à l'époque des faits, « équivalente » (au sens du paragraphe 155 ci-dessus) à celle assurée par le mécanisme de la Convention »⁴⁴⁰.

Elle conclut alors à la non-violation de la CESDH.

728. Au-delà de la controverse tenant à la pertinence de cette présomption déjà longuement débattue en doctrine⁴⁴¹, nous remarquons que la Cour de Strasbourg se fonde sur une présentation précisée, par rapport à l'affaire *M & Co*, de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires. Elle s'attache notamment à citer la jurisprudence de la CJCE la plus significative en la matière : l'arrêt *UPA*⁴⁴². Elle mentionne également l'action prétorienne du juge de Luxembourg pour le développement des droits fondamentaux communautaires, alors que cela aurait pu être inutile du fait de sa codification dans les traités que la CEDH cite par ailleurs⁴⁴³. Certes, cela pourrait simplement s'expliquer par la volonté de la CEDH de rappeler précisément les éléments du système communautaire de protection des droits fondamentaux. Néanmoins, vu le contexte particulier, nous pensons que la CEDH signifie à la CJCE, par la mention de son arrêt *UPA* si porteur de sens⁴⁴⁴, qu'elle a entendu sa jurisprudence et surtout qu'elle en prend acte. Comme elle apparaît comprendre le respect de sa mission

⁴³⁷ CEDH, grande chambre, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c/ Irlande*, req. n° 45036/98, §§ 152-154.

⁴³⁸ *Ibid.*, pt 150.

⁴³⁹ *Ibid.*, pt 155.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, pt 165.

⁴⁴¹ Pour une synthèse de la question, se référer par ex. à F. KRENC, « La décision *Senator Lines* ou l'ajournement d'une question délicate », *op. cit.*, § 8, pp. 128-130.

⁴⁴² CEDH, grande chambre, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c/ Irlande*, req. n° 45036/98, § 85.

⁴⁴³ *Ibid.*, resp. pts 159 et 77 à 79.

⁴⁴⁴ Voir *supra*, §§ 223 à 227.

par le juge communautaire, la CEDH sait que l'adhésion de l'Union à la Convention ne peut résulter que d'une action des États membres. Or, le processus « constitutif » qui peut permettre une telle adhésion étant tombé en panne, il est plausible qu'elle ait voulu pousser les États à prendre conscience des conséquences de leur inaction. À notre sens, cet arrêt *Bosphorus* participe ainsi à la confortation de la politique jurisprudentielle initiée par la CJCE, tendant à mettre les États devant leur responsabilité⁴⁴⁵.

729. Cet arrêt *Bosphorus* constitue de ce fait le moyen pour la CEDH d'entretenir le dialogue avec la CJCE. Il lui permet de recevoir le message du juge communautaire, mais également de lui envoyer un autre message. En effet, lorsqu'elle cite les fondements textuels des droits fondamentaux communautaires, la CEDH ne se prive pas de mentionner la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁴⁶. Elle ajoute en outre une mention qui ne peut plus passer inaperçue. Elle précise que la Charte est « non entièrement contraignante ». Tandis qu'aucune force juridique ne lui a été attribuée, il est étonnant que la Cour de Strasbourg n'en fasse pas état mais, au contraire, considère qu'elle jouit, tout de même partiellement, d'une valeur obligatoire. La CEDH entendait certainement faire part de son interprétation quant à la destinée dorénavant sombre de la Charte, se fondant vraisemblablement sur le fait que, si la Charte complète les droits existants, elle en rappelle la réalité. La CEDH considère ainsi que la Charte constitue un élément sur lequel elle peut fonder son raisonnement. Elle confirme d'ailleurs sa position dans un arrêt ultérieur⁴⁴⁷.

À cette occasion, elle adopte par ailleurs une conduite interprétative intéressante, puisqu'elle souligne l'importance de la Charte des droits sociaux de 1989 pour apprécier la portée de l'article 12 de la Charte de Nice⁴⁴⁸, ce qui n'est pas sans rappeler le raisonnement de la CJCE dans l'arrêt postérieur *Parlement c/ Conseil* dans lequel elle se fonde sur l'importance de la Charte de Nice pour apprécier les droits de la CEDH⁴⁴⁹. Nous pouvons alors supposer que la CJCE s'est inspirée de la méthode européenne pour intégrer la Charte dans son raisonnement. Quoiqu'il en soit, il devient possible de déceler l'influence de la jurisprudence européenne sur le juge communautaire.

730. En somme, la CEDH a adopté une attitude plus active à partir du moment où les perspectives de l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH s'amenuisaient. Elle développe ainsi son contrôle des actes communautaires *via* leurs actes nationaux d'application. Elle ne souhaite toutefois pas porter atteinte à l'intégrité du droit communautaire. Non seulement elle lui fait bénéficier d'une présomption avantageuse, mais surtout elle ne se prononce toujours pas sur les « actes communautaires de droit dérivé qui ne font pas l'objet de mesures nationales d'exécution notamment parce qu'ils

⁴⁴⁵ Voir *supra*, §§ 228 et s.

⁴⁴⁶ CEDH, grande chambre, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c/ Irlande*, req. n° 45036/98, § 80.

⁴⁴⁷ CEDH, grande chambre, 11 janvier 2006, *Sørensen et Rasmussen c/ Danemark*, req. n° 52562/99 et 52620/99, §§ 37, 73 et 74.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, pt 74.

⁴⁴⁹ CJCE, grande chambre, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769, pt 38.

ne produisent pas d'effets hors de l'ordre interne des Communautés »⁴⁵⁰. En somme, il s'agit pour la CESDH d'inciter les États membres de l'Union européenne à aller jusqu'au bout de leurs aspirations « constitutives », en les mettant dans les situations délicates qu'ils participent à développer par leur silence ou leur abstention. Elle tend finalement à promouvoir le développement des principes pour lesquels elle a aussi été créée : la paix, la protection des droits de l'homme et du principe de l'État de droit.

731. Conclusion du chapitre second. La CEDH n'est dès lors pas insensible au dialogue des juges initié par la CJCE. De surcroît, elle tend à le pérenniser. Elle participe ainsi au développement de la coopération juridictionnelle en Europe qui bénéficie, au fond, particulièrement aux juges nationaux tenus d'appliquer l'ensemble des normes européennes et communautaires. Elle rassure alors ces juges nationaux qui peuvent constater les bénéfices d'une telle collaboration et, de ce fait, promouvoir celle que la CJCE souhaite entretenir avec eux.

Évidemment, la Cour de justice ne pourrait pas être crédible si elle-même n'obéissait pas aux logiques dialogiques en interne. Les échanges entre les différents acteurs du contentieux communautaire témoignent en outre de l'enrichissement que le dialogue emporte. Il permet de réfléchir à de nouveaux arguments et, ainsi, d'affiner ses positions. Le domaine des droits fondamentaux et spécialement de la Charte en témoigne particulièrement. Il est en effet certain que la CJCE n'aurait pas abouti à l'arrêt *Parlement c/ Conseil*, ou du moins pas de la même façon, si les échanges n'avaient pas été aussi soutenus.

732. Conclusion du titre premier de la seconde partie. En conclusion, la Cour de justice se révèle singulièrement encline à développer la protection des droits fondamentaux communautaires. D'une part, elle a approfondi la matière de ces droits. Comme nos tendances chiffrées peuvent le montrer, elle tend à profiter des opportunités des affaires pour reconnaître des droits qualitativement importants. Si ces derniers demeurent numériquement minoritaires, ils témoignent tout de même de la volonté de la Cour de justice de « prendre les droits au sérieux »⁴⁵¹.

D'autre part, elle a amélioré leur protection en adoptant une démarche globale. Consciente que les droits nouvellement reconnus dans le contexte communautaire étaient déjà garantis aux niveaux national et européen, elle a cherché à recevoir l'assentiment des autres juges. Pour ce faire, elle demeure attentive à leurs réactions et tend à initier le débat, plus ou moins explicitement et plus ou moins formellement, dès que cela lui semble propice. En tout cas, l'étude de sa jurisprudence confirme sa volonté de respecter les autres juges, et spécialement le juge de Strasbourg. Aussi la doctrine doit-elle prendre garde lorsqu'elle constate une éventuelle divergence entre les juges européen et communautaire, à ne pas conclure trop rapidement à l'existence d'un conflit. Au

⁴⁵⁰ F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *op. cit.*, p. 853.

⁴⁵¹ Cette expression est directement tirée de la controverse doctrinale portant ce nom. Voir J. COPPEL et A. O'NEILL, « *The European Court of Justice : Taking Rights Seriously ?* », *op. cit.*; et la réponse de J.H.H. WEILER et N.J.S. LOCKHART, « "*Taking Rights Seriously*" Seriously : the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence », *CML Rev.*, 1995, pp. 51-94 et pp. 579-627.

contraire, elle devrait conditionner ses raisonnements, et surtout ses déductions, à la lecture de la jurisprudence ultérieure.

733. Cette pratique constructrice repose ainsi sur une optimisation du système existant. Elle ne peut toutefois pas répondre à tous les maux de la protection des droits fondamentaux communautaires. Le juge ne peut en effet pas se substituer à la « puissance constitutive » à laquelle il est soumis. Des lacunes persistent donc, et le juge ne les ignore pas. Tout autrement, il renvoie la question aux États membres de l'Union et de la Communauté européennes. Il peut d'ailleurs, à l'occasion, suggérer des réformes. Il est en outre conforté en cela par l'action complémentaire des juges nationaux et du juge de Strasbourg. Des perspectives constructives s'ouvrent alors et permettent d'espérer, tout comme le juge lui-même, l'amélioration du système existant.

Titre second

Les perspectives constructives

734. La Cour de justice a adopté une pratique constructrice en développant la protection des droits fondamentaux communautaires. En tant que juge soumis à l'ordre dont elle procède, elle ne pouvait toutefois pas se substituer à la « puissance constitutive » communautaire. Aussi n'a-t-elle pas pu élaborer des solutions pour toutes les lacunes identifiées. Notamment, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne demeure un instrument juridique non-contraignant⁴⁵², et les individus ne jouissent pas d'un droit au recours complet⁴⁵³. En réalité, ces deux éléments renvoient aux questions plus profondes que sont respectivement : la place des droits fondamentaux au sein de la construction communautaire, et par ricochet la mission du juge qui en découle d'une part, la situation de l'individu vis-à-vis des institutions, indépendamment de l'État dont il est citoyen d'autre part. Or, la Cour ne peut redéfinir elle-même ces fondements de la construction communautaire sans outrepasser les termes de sa mission. Elle s'en est alors remise aux États membres.

735. La « puissance constitutive » communautaire a d'ailleurs entendu les appels du juge communautaire. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe en témoigne. Non seulement il attribue à l'Union une fonction importante en matière de droits fondamentaux puisque la Charte, y étant intégrée, devient obligatoire, mais encore il renforce la situation de l'individu dont les recours deviennent beaucoup plus largement recevables. Néanmoins, ce traité demeure à l'heure actuelle en son état initial. En conséquence, les perspectives d'amélioration de la protection des droits fondamentaux communautaires pourraient se réduire comme une peau de chagrin à mesure que le temps passe.

736. Pourtant, si les révolutions sont proscrites en l'absence de « puissance constitutive », les évolutions demeurent possibles. En particulier, les acteurs du contentieux communautaire pourraient se sensibiliser à la question des droits fondamentaux. Ils pourraient les invoquer plus souvent, comme nous l'avons préalablement montré au moins vis-à-vis de la Commission, des juges nationaux et des individus⁴⁵⁴. Des perspectives constructives sont dès lors identifiables.

Nous n'aurons toutefois pas la prétention d'appliquer la méthodologie de la prospective stratégique. En effet, cette démarche propose d'anticiper l'avenir en élaborant des scénarios potentiels⁴⁵⁵, par la combinaison des facteurs endogènes et exogènes susceptibles d'agir dans le domaine choisi. Elle articule donc une série d'opérations complexes⁴⁵⁶ qu'un seul individu ne peut pas complètement échafauder⁴⁵⁷.

⁴⁵² Voir *supra*, § 680 et s.

⁴⁵³ Voir *supra*, § 206 et s.

⁴⁵⁴ Voir *supra*, resp., §§ 541-542, § 536 et § 564.

⁴⁵⁵ La méthode prospective dite « des scénarios » n'est certes pas la seule, mais elle constitue la méthode la plus fiable. Se référer à M. GODET, *Manuel de Prospective stratégique 2. L'art et la méthode*, Paris, Dunod, 2^{ème} éd., 2004, 412 p.

⁴⁵⁶ La démarche prospective résulte effectivement de la succession de sept étapes principales : « 1. Définition des concepts, champ et base d'étude ; 2. Identification et caractérisation des facteurs de changement ; 3. Analyse structurelle des variables ; 4. Élaboration des scénarios d'environnement ; 5. Élaboration des options stratégiques ; 6. Probabilisation des scénarios ; et 7. Confrontation des stratégies aux scénarios ». Voir le support de cours de J.-C. COHEN, *Outils et méthodes de la prospective*,

Certes, de telles réflexions présenteraient un intérêt indéniable : elles permettraient aux juristes d'identifier les outils susceptibles d'être les plus utiles au maximum de scénarios possibles. Cependant, en tant qu'aide à la décision politique, la prospective stratégique ouvre la porte de la politique-fiction qui nous entraînerait trop loin du propos juridique de notre thèse. Nos perspectives constructives n'auront dès lors pour objet que de proposer des pistes de réflexions reposant sur une observation de ce qui existe (le traité établissant une Constitution pour l'Europe), ainsi que sur notre volonté d'apporter des solutions efficaces d'un point de vue pratique.

737. Notre travail est de toute façon facilité en ce que l'existence du traité établissant une Constitution pour l'Europe resserre le champ du possible. Ce projet a choisi les moyens de révolutionner le système de protection des droits fondamentaux. L'intérêt de la prospective se réduit d'autant. Néanmoins, le projet n'est pas (encore) adopté. Même si quelques auteurs tentent de montrer qu'il ne doit pas être abandonné, du moins en son idée⁴⁵⁸, les référendums négatifs français et néerlandais nous conduisent à envisager sa mise à l'écart. Le cas échéant, il ne faudrait pour autant pas évacuer tout espoir d'améliorer la protection des droits fondamentaux communautaires. Au contraire, des évolutions sont possibles. En d'autres termes, si les révolutions envisagées (chapitre premier) ne devaient pas aboutir, certaines évolutions sont concevables pour les pallier (chapitre second), en attendant un nouvel élan de la « puissance constitutive » communautaire.

CHAPITRE PREMIER

LES RÉVOLUTIONS ENVISAGÉES

738. En intégrant la Charte des droits fondamentaux en sa partie II, le traité établissant une Constitution pour l'Europe entend lui conférer une valeur juridique contraignante suprême. La « puissance constitutive » clarifie, par là, la place des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne. La Charte a effectivement pour vocation de renforcer le système de protection des droits fondamentaux communautaires⁴⁵⁹.

Introduction et présentation de la démarche, Institut d'Administration des Entreprises d'Aix-en-Provence, janvier 2002, 8 p., p. 4.

⁴⁵⁷ La futurologie regorge en effet de prévisions fausses, en ce que le futurologue ne maîtrise pas toutes les données d'un phénomène. (Voir sur ce point, R. BOUDON et F. BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, PUF, 7^{ème} éd., coll. Quadrige, 3^{ème} éd., 2004, 714 p., « prévision », pp. 466-471). L'élaboration d'une prospective à plusieurs réduit donc le facteur de risque d'erreur.

⁴⁵⁸ Se référer spéc. à N. MOUSSIS, « La Constitution est morte ! Vive la Constitution ! Une Constitution rédigée par une Assemblée constituante », *RMCUE*, 2006, pp. 151-165, qui propose d'élaborer un nouveau projet de « constitution » ne souffrant pas des mêmes défauts que le premier (notamment l'adoption à l'unanimité) ; et à J. ZILLER, « La Constitution pour l'Europe, parlons-en ! », *RMCUE*, 2006, pp. 145-150, soulignant la persistance du besoin de « constitution », puisque l'échec du projet actuel n'a pas résolu les questions pour lesquelles il avait été élaboré (p.146).

⁴⁵⁹ Sur ce point, voir not. P. GAÏA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RFDC*, 2004, pp. 227-246, spéc. pp. 227-240.

En proposant une liste de ces droits, elle permet en outre de les rendre visibles au bénéfice des individus. Ainsi reconsidère-t-elle également la situation des individus au sein du droit communautaire. Ils ne sont plus simplement envisagés comme les citoyens des États, mais deviennent directement et expressément titulaires de droits communautaires. Certes, depuis le traité de Maastricht, ils sont devenus des citoyens de l'Union⁴⁶⁰, et bénéficient à ce titre d'un certain nombre de droits. Toutefois, le traité établissant une Constitution pour l'Europe marque un saut qualitatif important. En effet, si l'article 1^{er} TUE dispose que « les Hautes parties contractantes instituent entre elles une Union européenne » et ne vise les peuples qu'en son alinéa suivant, l'article I-1 du projet de 2003 énonce :

« Inspirée par la volonté des citoyens et des États d'Europe de bâtir leur avenir commun, la présente Constitution établit l'Union européenne ».

L'Union n'est dès lors plus considérée comme un système essentiellement étatique qui profite également aux peuples, mais comme une construction au bénéfice des citoyens, nouvellement considérés individuellement, puis des États. L'inversion des occurrences linguistiques ne peut pas être fortuite, le texte de ce projet ayant été corrigé après sa remise au Conseil européen le 18 juillet 2003. Elle témoigne assurément d'une révolution substantielle. En intégrant la Charte, le traité non seulement enracine les droits fondamentaux parmi les fondements de l'Union (première section), mais encore affermit la place de l'individu au sein de la construction communautaire (seconde section).

Première section. L'enracinement des droits fondamentaux

739. Préalablement jugée inutile du fait de « la solution prétorienne adoptée par la Cour de justice »⁴⁶¹, l'élaboration d'une liste des droits fondamentaux s'est progressivement imposée. Il était surtout question de rendre « le catalogue de droits et libertés élaborées par la Cour de justice [...] lisible pour le profane »⁴⁶². Certes, la construction communautaire aurait pu se contenter d'intégrer la CESDH puisque tous les États membres de la Communauté font également partie de cette Convention. Néanmoins, la rédaction d'un catalogue proprement communautaire présente des avantages indéniables⁴⁶³. D'abord, un tel catalogue offre un fondement juridique clair, dans la mesure où il repose sur un engagement identique des États du fait de l'absence du jeu des réserves et des protocoles applicable à l'endroit de la CESDH. Ensuite, il

⁴⁶⁰ Se référer par ex. à R. KOVAR et D. SIMON, « La citoyenneté européenne », *CDE*, 1993, pp. 285-315.

⁴⁶¹ M. MELCHIOR, « La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire - Rapport de la première commission du VII^e Congrès international de droit européen organisé par la Fédération internationale pour le droit européen, du 2 au 4 octobre 1975, *L'individu et le droit européen* », *CDE*, 1976, pp. 469-476, p. 473. Voir également G. SPERDUTI, « Le rattachement des Communautés européennes à la Convention de Rome sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RMC*, 1980, pp. 170-173, p. 172.

⁴⁶² O. LE BOT, « Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme : la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux », *RTDH*, 2003, n° 55, pp. 781-811, p. 782. Se référer également à J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, « La Convention sur la Charte des droits fondamentaux et le processus de construction européenne », *RMCUE*, 2000, pp. 223-227, pp. 223-225.

⁴⁶³ À ce sujet, voir not. O. LE BOT, « Charte de l'Union européenne ... », *op. cit.*, pp. 790-791.

constitue un symbole fort, en étant un produit de l'Union européenne. Enfin, il permet de compléter la CESDH trop pauvre en matière de droits économiques et sociaux si essentiels à la construction communautaire⁴⁶⁴. Aussi la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a-t-elle vu le jour.

740. D'un point de vue plus global toutefois, la Charte risque, selon une partie de la doctrine, de poser plus de problèmes qu'elle n'en résout. Au-delà du fait qu'elle n'est toujours pas dotée de force contraignante, certains y voient même un échec en ce qu'elle constitue un facteur de désordre supplémentaire⁴⁶⁵ dans un contexte déjà compliqué⁴⁶⁶. En effet, en constituant une liste supplémentaire de droits dont la plupart sont inspirés des dispositions de la CESDH, la Charte est, selon eux, susceptibles de faire « double emploi »⁴⁶⁷. Or, cela « serait fâcheux en raison des risques de conflits que cette situation pourrait entraîner »⁴⁶⁸, spécialement parce que « leur interprétation risquerait de se faire dans un sens ne concordant pas avec celui donné par la Cour européenne »⁴⁶⁹ de Strasbourg. Certes, la Charte a voulu prévoir des solutions pour éviter une telle situation. Son article 52, § 3, devenu II-112 du traité établissant une Constitution pour l'Europe, prévoit ainsi une clause de correspondance entre les droits de la Charte et les droits de la CESDH. De surcroît, son article 53, devenu II-113 du même projet, pose une clause de non-régression des premiers notamment par rapport aux seconds. Cependant, certains auteurs estiment que ces solutions présentent une efficacité limitée dans la mesure où la jurisprudence de la CEDH n'est visée que dans les documents non obligatoires accompagnant la Charte⁴⁷⁰. Or, plusieurs droits fondamentaux européens n'existent que par une reconnaissance prétorienne⁴⁷¹. Par ailleurs, la clause de non-régression n'a en réalité pas pour objet « d'assurer la cohérence des droits fondamentaux, mais seulement d'éviter un affaiblissement de leur protection »⁴⁷². Dès lors, la Charte ne compense pas complètement le risque de divergences d'interprétation entre les juges européen et communautaire.

Toutefois, il ne faut pas surestimer ces hypothèses de conflits. Bien au contraire, le dialogue que les juges concernés développent tend à limiter la réalisation de telles

⁴⁶⁴ Sur ce point, voir par ex. J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : quel apport à la protection des droits ? » in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, 720 p., pp. 91-106, pp. 97-99.

⁴⁶⁵ O. LE BOT, « Charte de l'Union européenne ... », *op. cit.*, p. 782 et p. 796.

⁴⁶⁶ Voir spéc. L. FAVOREU, « Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. I, pp. 789-811.

⁴⁶⁷ P. GAÏA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 243.

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ M. WAELBROECK, « La Cour de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *CDE*, 1996, pp. 549-553, p. 550. Voir également sur ce point C. ENGEL, « The European Charter of Fundamental Rights - A Changed Political Opportunity Structure and its Normative Consequences », *ELJ*, 2001, pp. 151-170, pp. 168-170.

⁴⁷⁰ *Contra*, J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, « La Charte des droits fondamentaux ... », *op. cit.*, p. 104.

⁴⁷¹ O. LE BOT, « Charte de l'Union européenne ... », *op. cit.*, pp. 801-807.

⁴⁷² O. LE BOT, « Charte de l'Union européenne ... », *op. cit.*, p. 807.

hypothèses⁴⁷³. De toute façon, la menace n'est pas spécialement accrue⁴⁷⁴. « Les véritables risques se situent en réalité ailleurs »⁴⁷⁵. Au côté du danger que comporte l'allongement des procédures et de leur complexification, le professeur GAÏA dénonce « l'absence de "passerelles procédurales" entre les juridictions supérieures respectivement en charge de la protection des droits fondamentaux »⁴⁷⁶. Il conviendrait ainsi d'instaurer une question préjudicielle permettant à la CJCE d'interroger la CEDH en cas de doute sur l'interprétation d'un droit européen dupliqué dans la Charte, ou tout simplement de permettre l'adhésion de l'Union européenne à la CESDH ce qui ouvrirait la compétence de la CEDH vis-à-vis de la CJCE.

741. De ce fait, de nombreux auteurs estiment que la Charte ne supprime pas le besoin d'adhésion de l'Union à la CESDH⁴⁷⁷. D'ailleurs, la « puissance constitutive » communautaire les a suivis ; elle a même renforcé le principe de l'adhésion. En effet, si le projet de traité initial énonçait que l'Union « s'emploie à adhérer » à la CESDH, il est dorénavant prévu que l'Union « adhère » à la CESDH⁴⁷⁸. Alors que l'adhésion revêt une « envergure constitutionnelle »⁴⁷⁹, son introduction dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe manifeste assurément la révolution du système concernant la place des droits fondamentaux. Initiée par l'insertion de la Charte, cette révolution s'incarne donc tout particulièrement dans l'adhésion de l'Union à la CESDH (§1). Ce principe ne doit toutefois pas être surévalué : il ne pourra jamais empêcher toute hypothèse de divergence jurisprudentielle (§2).

⁴⁷³ Voir *supra*, §§ 708 et s.

⁴⁷⁴ Voir P. GAÏA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 242.

⁴⁷⁵ Voir P. GAÏA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 243.

⁴⁷⁶ Voir P. GAÏA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 243.

⁴⁷⁷ Voir par ex. R. BADINTER, « La Charte des droits fondamentaux à la lumière des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. I, pp. 143-155, spéc. pp. 151-155 ; F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH*, 2005, pp. 827-853, p. 853 ; A. BULTRINI, « La responsabilité des États-membres de l'Union européenne pour les violations de la CEDH imputables au système communautaire », *RTDH*, 2002, pp. 5-43, p. 6 ; P. GAÏA, « La Charte des droits fondamentaux ... », *op. cit.*, p. 244 ; F. KRENC, « La décision *Senator Lines* ou l'ajournement d'une question délicate », *RTDH*, 2005, pp. 121-158, p. 158 ; ou encore M. WATHELET, « La Charte des droits fondamentaux : un bon pas dans une course qui reste longue », *CDE*, 2000, pp. 585-593, p. 592.

Contra, plus implicitement toutefois, voir C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, Juris-Classeur, 2004, 494 p., § 135, pp. 83-84, p. 84 ; ou encore G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2006, 539 p., p. 259.

⁴⁷⁸ Cette modification a été opérée par la Conférence des représentants des Gouvernements des États membres, réunie à Bruxelles le 6 août 2004 (CIG 87/04). L'article 7 a ensuite été renuméroté : il est devenu l'article I-9 du traité établissant une Constitution pour l'Europe, lors de la Conférence des représentants des Gouvernements des États membres, réunie à Bruxelles, le 13 octobre 2004 (CIG 87/1/04 REV 1).

⁴⁷⁹ CJCE, avis 2/94 du 28 mars 1996, *portant sur l'Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, *Rec.*, p. I-1759, pt 35.

§1 . Le principe de l'adhésion

742. Si aujourd'hui, il emporte la quasi-unanimité de la doctrine et des acteurs communautaires, le principe de l'adhésion n'a pas toujours suscité l'intérêt. Comme nous l'avons rappelé, plusieurs auteurs n'en voyaient pas l'utilité au regard de la construction jurisprudentielle des droits fondamentaux communautaires⁴⁸⁰. Les États membres n'étaient pas non plus pressés d'initier la procédure de l'adhésion, comme leur silence à l'endroit de l'appel implicite de la CJCE au sein de son avis 2/94 le montre⁴⁸¹. Il est vrai que, dans un premier temps, l'adhésion n'était pas opportune politiquement (A). De tels arguments ne devaient toutefois pas perdurer, ni justifier la continuation du désintérêt à l'encontre du bénéfice qu'emporte l'adhésion pour la protection des droits fondamentaux communautaires (B).

A. L'inopportunité initiale

743. Au départ, la construction communautaire n'était pas perçue comme ayant un impact sur les droits de l'homme. Il n'était donc pas question de lien avec la CESDH, qui n'était de toute façon pas entrée en vigueur à la signature du traité CECA⁴⁸². Ensuite, les États membres de la CEE n'étaient pas tous parties à la CESDH. La France n'a en effet ratifié la Convention de Rome qu'en 1973⁴⁸³ ; elle n'y est donc entrée en application qu'à partir du 3 mai 1974⁴⁸⁴.

744. Pourtant, la pratique du droit communautaire a révélé le besoin de droits fondamentaux. S'il est vrai qu'il aurait été difficile, pour les instances de la CEE,

⁴⁸⁰ Voir M. MELCHIOR, « La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire - Rapport de la première commission du VII^e Congrès international de droit européen organisé par la Fédération internationale pour le droit européen, du 2 au 4 octobre 1975, *L'individu et le droit européen* », *op. cit.*, p. 473.

⁴⁸¹ Sur ce point, voir par ex. C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, § 135, pp. 83-84, p. 84.

⁴⁸² La CESDH est en effet entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Se référer au tableau récapitulant les dates d'entrée en vigueur selon les États parties à la CESDH, disponible sur Internet : <<http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Basic+Texts/Basic+Texts/Dates+of+ratification+of+the+European+Convention+on+Human+Rights+and+additional+Protocols/>>.

Il est vrai toutefois que le projet de traité établissant le statut de la Communauté politique européenne prévoyait, en son article 3, une telle adhésion. Le débat n'a toutefois pas eu le temps de s'organiser sur cette question puisque le projet devait être abandonné, du fait de l'échec de traité instituant la Communauté européenne de défense (CED). À ce sujet, se référer par ex. à C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, §§ 12 et 13, pp. 5-6 : le traité CED datant du 2 mai 1952 fut l'objet de vives discussions à l'Assemblée nationale française, qui se soldèrent par un rejet du traité CED le 30 août 1954 et par la même du traité *Communauté politique européenne* (CEP), dont le texte, adopté le 10 septembre 1952, jetait « les bases d'une entité très proche d'un État fédéral européen » (§ 12).

⁴⁸³ Loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973, *autorisant la ratification de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950, et de ses protocoles additionnels*, *JORF*, « Lois et Décrets », 3 janvier 1974, p. 67.

⁴⁸⁴ Voir le tableau récapitulant les dates d'entrée en vigueur selon les États parties à la CESDH, *op. cit.*

d'utiliser un instrument auquel un de ses membres n'avait pas consenti, l'argument ne semblait plus valable à partir du moment où tous les États membres étaient devenus parties à la CESDH, soit après 1974. En effet, tous les nouveaux États membres avaient ratifié ce texte avant leur entrée dans la construction communautaire⁴⁸⁵. Néanmoins, d'autres arguments ont motivé le rejet de l'adhésion par certains États. Les contingences diplomatiques (1) ne doivent pas masquer que certains obstacles juridiques se sont également dressés contre l'adhésion (2).

1. Les contingences diplomatiques

745. En réalité, les États membres des Communautés européennes ont certainement refusé de se soumettre au contrôle d'une Cour composée par des juges nommés par d'autres États, non-membres des Communautés⁴⁸⁶. Certes, de tels arguments essentiellement politico-diplomatiques emportent difficilement la conviction du juriste. Toutefois, nous pensons qu'ils méritent notre attention, ne serait-ce que parce que les droits de l'être humain ont besoin des souverainetés nationales pour exister⁴⁸⁷. Ces éléments sont de toute façon utiles pour expliquer le refus initial de l'adhésion.

746. Quoi qu'il en soit, l'argument devait perdre en efficacité persuasive. Comme l'explique en effet l'ancien président de la CJCE LECOURT :

« [c]e que pouvait expliquer, dans les années 1950 et 1951, le fait que les deux traités n'engageaient pas les mêmes États, a eu tendance à s'estomper à mesure que les Communautés se sont élargies de six à neuf, puis à dix enfin à douze États membres »⁴⁸⁸.

À ce moment-là, la majorité des États parties à la CESDH étaient également membres des Communautés européennes⁴⁸⁹. Ces derniers auraient alors pu compter sur la force numérique pour s'opposer à un contrôle éventuellement trop poussé des actes communautaires en cas d'adhésion.

⁴⁸⁵ Voir le tableau récapitulatif des dates d'entrée en vigueur selon les États parties à la CESDH, *op. cit.*

⁴⁸⁶ G. SPERDUTI, « Le rattachement des Communautés européennes à la Convention de Rome sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *op. cit.*, p. 171.

⁴⁸⁷ En effet, comme tout ordre juridique, l'ordre juridique international ne peut rester valide qu'à condition d'être globalement efficace. (Voir *supra*, §§ 97 et 100). Il ne sert donc à rien de proclamer des normes juridiques si les procédures pour les sanctionner sont inexistantes ou virtuelles. En ce sens, considérer les arguments diplomatiques qui conditionnent l'acceptation d'un État souverain d'une norme, et surtout de sa sanction, relève donc également du travail du juriste. Ce constat n'entend nullement contredire notre approche objective du droit. Nous ne voulons pas rejeter tout élément qui ne serait pas purement juridique, mais simplement ne pas confondre la politique juridique (nos aspirations politiques personnelles) avec la science ou la théorie juridique. (Voir *supra*, § 16).

⁴⁸⁸ R. LECOURT, « Cour européenne des Droits de l'Homme et Cour de justice des Communautés européennes » in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, 750 p., pp. 335-340, p. 335.

⁴⁸⁹ Avant la chute du mur de Berlin, 22 États avaient ratifié la CESDH. Au-delà des 12 États membres de la CEE, on comptait les États suivants : Autriche, Chypre, Islande, Liechtenstein, Malte, Norvège, Saint-Marin, Suède, Suisse et Turquie.

747. Cependant, la situation ne dura pas très longtemps. En raison de l'éclatement du bloc soviétique en 1989-1990, le nombre d'États parties à la CESDH a pratiquement doublé⁴⁹⁰, laissant les États membres de la Communauté européenne de nouveau minoritaires. D'ailleurs, certains auteurs ont actualisé leurs doutes quant à la pertinence de l'adhésion. Notamment, le Comité des sages désigné par la Commission européenne en 1995 et présidé par l'ancienne Premier ministre portugaise PINTASILGO⁴⁹¹, y a énoncé une objection de fond dans son rapport rendu en mars 1996. Comme l'explique un des membres de ce Comité :

« l'adhésion n'est pas à conseiller, simplement, parce qu'en tout cas elle causerait des distorsions de fonctionnement, et parce que ces inconvénients s'aggravent par l'extension de l'application de la convention à tous les États qui ont surgi, depuis la disparition du rideau de fer, au nombre de 39 »⁴⁹².

De telles justifications n'ont pour autant pas convaincu toute la doctrine, ni spécialement le professeur Michel WAELBROECK. Il regrette en effet que la CJCE a refusé d'estimer la Communauté capable d'adhérer à la CESDH dans son avis 2/94, même si « la prudence de la Cour peut se comprendre, en présence de l'attitude négative des gouvernements de cinq des États Membres »⁴⁹³.

748. Ces critiques n'ont pourtant jamais réellement atteint les convictions des États membres hostiles à l'adhésion. Si celle-ci est de nouveau envisagée dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe, il semble que l'élargissement massif de l'Union européenne n'y soit pas étranger. Depuis 2004, les 25 États membres de l'Union sont ainsi redevenus majoritaires au sein des 46 États parties à la CESDH. En outre, les pays candidats à l'entrée dans l'Union sont tous déjà signataires de la CESDH⁴⁹⁴, et ceux dont on entend parler de l'espoir d'intégrer l'Union, également⁴⁹⁵. Enfin, le Protocole n° 11 de la CESDH supprimant l'intervention du Comité des Ministres au stade du

⁴⁹⁰ Dans les années 1990, dix-neuf États ont ratifié la CESDH : Albanie, Andorre, Bulgarie, Croatie, Estonie, Finlande, Géorgie, Hongrie, Lettonie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, Lituanie, Moldova, Pologne, République tchèque, Roumanie, Russie, Slovaquie, Slovénie et Ukraine. Cinq autres États ont suivi dans les années 2000 : Arménie, Azerbaïdjan, Bosnie-Herzégovine, Monaco et Serbie.

⁴⁹¹ « Rapport des sages : pour une Europe des droits civiques et sociaux », CdR 79/97, *Rapport général*, 1996, n° 559. Les idées du rapport sont reprises et commentées dans l'Avis du Comité des régions concernant ce rapport, *JOCE*, n° C 244, du 11 août 1997, p. 53.

⁴⁹² E. GARCIA DE ENTERRIA, « Les droits fondamentaux et la révision du traité sur l'Union européenne », *CDE*, 1996, pp. 607-612, p. 609. Voir également P. WACHSMANN, « Les droits de l'homme », *RTDE*, 1997, pp. 883-902, spéc. p. 885.

⁴⁹³ M. WAELBROECK, « La Cour de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *CDE*, 1996, pp. 549-553, p. 549.

⁴⁹⁴ Quatre autres États ont posé leur candidature : Bulgarie, Croatie, Roumanie et Turquie. Les négociations n'ont été entamées que pour la Bulgarie et la Roumanie. Se référer à la carte dynamique diffusée par le Ministère des affaires étrangères français sur Internet : <<http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/swf/carte.swf>>.

⁴⁹⁵ L'idée a notamment été rappelée au moment de la « révolution orange » de novembre-décembre 2004 en Ukraine.

règlement du litige⁴⁹⁶ est entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998⁴⁹⁷. Les perspectives permettent donc de conclure que l'adhésion de l'Union à la CESDH ne sera pas l'occasion pour certains États extérieurs à l'Union d'interférer dans le domaine communautaire. Ces considérations politico-diplomatiques ne doivent toutefois pas faire oublier que certains obstacles juridiques ont motivé le refus de l'adhésion.

2. Le resserrement des obstacles juridiques

749. En premier lieu, un élément visible a suscité une circonspection. Puisque les États en ratifiant la CESDH ont en principe la possibilité d'émettre des réserves⁴⁹⁸, celles-ci sont susceptibles d'engendrer une variabilité de l'engagement des États membres de l'Union européenne. Aussi, comme le craint l'ancien président de la CJCE LECOURT :

« c'est sans doute au niveau de protection le plus bas que risquerait se réaliser l'adhésion de la Communauté, par addition des réserves de tous les États membres »⁴⁹⁹.

Néanmoins, nous ne voyons pas en quoi les réserves des États membres de l'Union émises à l'encontre de la CESDH peuvent interférer avec l'engagement qui lierait l'Union elle-même et la CESDH. En effet, ces réserves ne s'appliquent que vis-à-vis de l'État concerné, dans la mesure où l'ordre juridique communautaire est autonome⁵⁰⁰. En outre, elles doivent être précises et concerner spécifiquement une loi en vigueur de l'État. D'ailleurs, l'article 57, en son § 2, impose aux États de mentionner dans leur déclaration de réserve « un bref exposé de la loi en cause ». Les réserves d'un État ne peuvent donc concerner ni le droit communautaire en général, ni une norme communautaire. Certes, une norme communautaire est susceptible de s'appliquer sur le territoire de l'État, et constituer ainsi une loi en vigueur au sens large du terme comme l'interprète la CEDH⁵⁰¹. Néanmoins, si l'État ne jouit d'aucune marge d'appréciation à son encontre, il ne sera pas

⁴⁹⁶ Voir sur ce point F. BENOÎT-ROHMER, « L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme » in F. BENOÎT-ROHMER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, Actes des journées d'étude, Strasbourg les 16 et 17 juin 2000, *RUDH*, du 15 septembre 2000, vol. 12, n° 1-2, 84 p., pp. 57-61, p. 60.

⁴⁹⁷ Se référer not. à F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 7^{ème} éd., 2005, 715 p., §§ 290-295, pp. 533-542.

⁴⁹⁸ Voir l'article 57 de la CESDH. 25 États ont ainsi formulé des réserves vis-à-vis de la Convention (STCE 005). Se référer à la liste des déclarations correspondantes diffusées sur le site Internet du Conseil de l'Europe, bureau des traités : <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=005&CV=0&NA=&PO=999&CN=999&VL=0&CM=9&CL=FRE>>.

⁴⁹⁹ R. LECOURT, « Cour européenne des Droits de l'Homme et Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 337.

⁵⁰⁰ En ce sens, voir G. COHEN-JONATHAN, « L'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme », *Journal des Tribunaux - Droit européen* -, 17 mars 1995, n° 17, pp. 49-53, p. 50. Se référer également au Groupe de travail II de la Convention européenne « Intégration de la Charte/adhésion à la CEDH », « Rapport final », 22 octobre 2002, CONV 354/02, 17 p., pp. 14-15.

⁵⁰¹ À ce sujet, se référer not. à F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, § 150, pp. 208-212.

tenu responsable de son éventuelle violation de la CESDH⁵⁰². À l'inverse, s'il dispose d'une certaine marge de manœuvre, la norme sera assimilée à une loi nationale, et le raisonnement de la CEDH ne s'intéressera pas à son origine communautaire⁵⁰³. C'est certainement pour cela que, de toute façon, aucun État membre de l'Union n'a émis de réserve vis-à-vis de la CESDH à propos du droit ou d'une norme communautaire.

750. En second lieu, l'obstacle juridique à l'adhésion de l'Union résidait surtout dans la situation des États dualistes qui n'ont pas incorporé la CESDH dans leur ordre juridique national. Pour ces États, l'adhésion de l'Union aurait pour effet d'incorporer indirectement, par le biais de l'effet direct du droit communautaire, la CESDH⁵⁰⁴. Or, cela porterait atteinte à leur souveraineté puisqu'ils seraient tenus d'appliquer un texte qu'ils n'ont pas formellement incorporé. La doctrine qualifie ce phénomène de « *back door* »⁵⁰⁵, renvoyant à l'idée d'une entrée non officielle par la porte de derrière. Un tel argument ne résisterait toutefois pas devant le fait que le droit communautaire, et spécialement la Cour de justice, s'inspire déjà directement de la CESDH⁵⁰⁶.

Nous estimons cependant que les effets matériels ne doivent pas conduire à négliger la réalité politique. La souveraineté des États ne doit pas être méprisée. D'ailleurs, il nous semble que les développements de la protection des droits fondamentaux communautaires ont globalement laissé le temps au Royaume-Uni, un des principaux États concernés en la matière⁵⁰⁷, de s'adapter. Il est en effet étonnant de constater que la Cour de justice n'a eu compétence pour sanctionner l'article F, §2, devenu 6, §2, TUE, officialisant les liens entre le droit communautaire et la CESDH, qu'après que le projet de réforme du *Human Rights Act* ayant pour objet d'« incorporer » les droits de la CESDH, a vu le jour⁵⁰⁸. Certes, le projet de loi correspondant a été présenté au même moment que la signature du traité d'Amsterdam élargissant la

⁵⁰² Sur ce point, voir not. F. BENOÎT-ROHMER, « L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme » in F. BENOÎT-ROHMER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, op. cit., p. 61.

⁵⁰³ À ce propos, voir *supra*, §§ 726 et s.

⁵⁰⁴ Voir sur ce point, H. BARNETT, *Constitutional & Administrative Law*, Londres, Cavendish Publishing Limited, 2^{ème} éd., 1998, réimprimé en 1999, 1101 p., p. 308.

⁵⁰⁵ Voir par ex. S. MATHIEU, « L'adhésion de la Communauté à la CEDH : un problème de compétence ou un problème de soumission ? », *RMCUE*, 1998, pp. 31-36, p. 33.

⁵⁰⁶ *Id.*

⁵⁰⁷ La situation de l'Irlande est effectivement perçue différemment, en ce que, si la CESDH n'avait pas été incorporée, l'Irlande était dotée d'une déclaration des droits qui « reflète largement la CESDH ». Se référer à J. STRAW et P. BOATENG, « *The Labour Party Consultation Paper. Bringing Rights Home : Labour's Plans to Incorporate the European Convention on Human Rights into United Kingdom Law* », Décembre 1996 in J. WADHAM et H. MOUNTFIELD, *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, Londres, Blackstone Press Limited, 1999, 294 p., pp. 173-183, p. 174.

⁵⁰⁸ J. STRAW et P. BOATENG, « *The Labour Party Consultation Paper. Bringing Rights Home : Labour's Plans to Incorporate the European Convention on Human Rights into United Kingdom Law* », Décembre 1996 in J. WADHAM et H. MOUNTFIELD, *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, op. cit., pp. 173-183.

compétence de la Cour de justice (le 2 octobre 1997)⁵⁰⁹. Néanmoins, le délai de mise en œuvre du traité d'Amsterdam devait immanquablement laisser le temps à Tony BLAIR de faire passer le projet, alors qu'il jouissait d'une majorité confortable à la Chambre des communes. D'ailleurs, le *Human Rights Act* a finalement été adopté en 1998, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam le 1^{er} mai 1999.

Dès lors, si la théorie de la « *back door* » ne tient de toute façon plus, à partir du moment où les États ont explicitement accepté que la CESDH intègre effectivement les fondements de l'Union, le Royaume-Uni apparaît avoir défendu l'intégrité de son ordre juridique. Il a voulu promouvoir, au moins sur le plan des principes, la prééminence de la souveraineté nationale, fondement essentiel de son système juridique. Il est ainsi probable qu'il n'a accepté que la CESDH intègre les fondements de l'Union de manière effective qu'à partir du moment où cela ne remettait plus autant en question la cohérence de l'ordre juridique britannique. En outre, le fait que l'Irlande a finalement adopté le *ECHR Act*⁵¹⁰ aux fins d'incorporer la CESDH, en 2003, c'est-à-dire après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, ne relativise pas notre propos. En effet, l'intégrité du système irlandais était moins mis à mal du fait de l'existence d'une Constitution.

751. Nous retrouvons en somme des considérations proches des premières relatives à la diplomatie, en ce qu'elles touchent à la politique des États. Parmi les justifications aux résistances initiales à l'adhésion, on retrouve en effet la politique des États, d'une part externe avec la diplomatie, et d'autre part interne avec la considération pour le respect des souverainetés nationales. Les obstacles considérés devant progressivement se déliter, les États se sont ensuite intéressés aux raisons qui justifiait l'adhésion. Notamment, « [l]a réaction des États membres a été de demander pourquoi cela était nécessaire, quelles étaient les lacunes véritables dans la protection de l'individu »⁵¹¹. Certes, dans un premier temps, ils n'ont pas privilégié les intérêts de l'adhésion pour la protection des droits fondamentaux communautaires. Pourtant, les explications fournies, démontrant le bénéfice de l'adhésion de l'Union européenne à la CESDH, les ont certainement influencés lors de l'élaboration du traité établissant une Constitution pour l'Europe puisqu'il prévoit cette adhésion. Son bénéfice a donc été clairement révélé.

⁵⁰⁹ « *The Government's White Paper. Rights Brought Home : The Human Rights Bill (CM 3782)* », octobre 1997 in J. WADHAM et H. MOUNTFIELD, *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, op. cit., pp. 184-202.

⁵¹⁰ *ECHR (European Convention on Human Rights) Act*, n° 20-2003. Texte disponible sur le site Internet du Parlement irlandais : <<http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2003/a2003.pdf>>. Cette loi, entrée en vigueur le 31 décembre 2003, se révèle très proche du *HRA 1998* britannique. Voir sur ce point P. KENNA, « *Implications for Local Authorities of the ECHR Act 2003* » in *European Convention on Human Rights Act 2003 Review and Human Rights in Committed Relationships*, Conférence du 16 octobre 2004, 30 p., disponible sur Internet : <<http://www.lawsociety.ie/newsite/documents/members/hrkenna.pdf>>.

⁵¹¹ F. LOUIS, « Synthèse des débats - Actes de la Journée d'études organisée par les Cahiers de droit européen : L'accès à la Justice dans l'Union européenne », *CDE*, 1995, pp. 665-674, p. 671, se référant aux propos du professeur JACQUET, directeur au service juridique du Conseil de l'Union européenne.

B. Le bénéfice révélé

752. L'adhésion de l'Union européenne à la CESDH constitue un moyen des plus efficaces pour améliorer la protection des droits fondamentaux communautaires. Certes, elle n'est pas le seul, et les autres possibilités ne doivent pas être exclues par « mesure de prudence »⁵¹². En effet, « [c]e n'est que par une comparaison de différentes méthodes qu'on sera à même d'établir s'il y a lieu de s'orienter pour l'adhésion *stricto sensu* ou si un autre chemin est à emprunter pour poursuivre d'une manière utile et appropriée l'initiative qui a été prise par la Commission des Communautés »⁵¹³ dans son *Memorandum* du 4 avril 1979. Toutefois, s'il existe effectivement d'autres solutions appréciables, l'adhésion en constitue, en réalité, une alternative (A) dont les effets se révèlent les plus favorables (B).

1. Une solution alternative

753. Afin de trouver les solutions adéquates, il est préalablement nécessaire d'identifier le ou les objectif(s) recherché(s). À ce sujet, le professeur SPERDUTI liste les exigences à satisfaire vis-à-vis de la protection des droits fondamentaux communautaires. Il s'agit de « renforcer ladite protection », « viser à la concordance de la jurisprudence » entre les Cours européenne et communautaire, et « tâcher d'atteindre ces objectifs en évitant de créer des procédures dont la complexité et la longueur pourraient affecter le droit fondamental de toute personne à ce que sa cause soit jugée "dans un délai raisonnable" »⁵¹⁴. Chacun de ces trois objectifs a suscité des idées de solutions.

754. En premier lieu, la volonté d'améliorer la protection des droits fondamentaux communautaires s'est fondée sur le constat que l'individu ne pouvait pas suffisamment accéder au juge communautaire pour demander la garantie des droits que celui-ci venait de reconnaître. L'idée d'un recours spécial pour la défense des droits fondamentaux a donc germé. Ainsi le Comité des sages susvisé⁵¹⁵ a-t-il privilégié l'instauration d'« un recours spécial pour la protection des droits fondamentaux qui serait attribué à une juridiction d'appel propre à l'Union et composée de juges non permanents provenant des tribunaux constitutionnels ou suprêmes des États membres »⁵¹⁶. Outre le fait qu'elle évite de soumettre les États membres de l'Union à d'autres États, cette solution présente l'avantage qu'elle existe déjà au sein des États membres. Leurs

⁵¹² G. SPERDUTI, « Le rattachement des Communautés européennes à la Convention de Rome sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RMC*, 1980, pp. 170-173, p. 170.

⁵¹³ *Id.*

⁵¹⁴ *Id.*

⁵¹⁵ Voir *supra*, § 747.

⁵¹⁶ « Rapport des sages : pour une Europe des droits civiques et sociaux », CdR 79/97, *Rapport général*, 1996, n° 559. Les idées du rapport sont reprises et commentées dans l'Avis du Comité des régions concernant ce rapport, *JOCE*, n° C 244, du 11 août 1997, p. 53, pt 5.7.

expériences du *Verfassungsbeschwerde* en Allemagne, ou de l'*amparo* en Espagne, peuvent alors s'enrichir au profit du droit communautaire⁵¹⁷.

Deux inconvénients émergent toutefois. D'une part, les expériences nationales du recours spécialisé pour les droits fondamentaux ne sont pas exemptes de lacunes. Spécialement se pose la question de l'encombrement massif des juridictions appelées à les traiter. Les réformes se succèdent, mais les rôles de ces juridictions ne s'allègent pas suffisamment⁵¹⁸. Aussi semble-t-il difficile d'éviter un tel engorgement pour la Cour de justice qui ne dispose pas forcément d'autant de moyens, tandis qu'elle doit faire face à un nombre potentiel de justiciables beaucoup plus important. Vouloir améliorer la garantie des droits fondamentaux en induisant un mauvais fonctionnement pratique de la juridiction et, par là, une baisse corrélative de la garantie des droits en général, ne semble finalement pas être une solution adéquate. D'autre part, cette hypothèse ne remplit pas la seconde condition évoquée ci-dessus. Elle ne permet aucunement d'avoir un effet positif sur l'articulation des jurisprudences de Strasbourg et de Luxembourg. Elle serait éventuellement valable en cas d'unité de catalogue de droits fondamentaux entre les droits européen et communautaire. Cependant, une telle unité, quoique parfois évoquée, ne protège des divergences de jurisprudences qu'à partir du moment où l'identité de l'interprétation est posée⁵¹⁹. Aussi doit-il exister des « passerelles procédurales »⁵²⁰ pour institutionnaliser le dialogue des juges.

755. En ce sens, la doctrine s'est, en second lieu, penchée sur la possibilité de créer une procédure préjudicielle entre la CEDH et la Cour de justice. Il s'agirait de permettre à celle-ci d'interroger celle-là, à chaque fois qu'elle appliquerait un droit fondamental communautaire inspiré de la CESDH⁵²¹. Cette procédure présenterait l'intérêt d'officialiser le dialogue des juges existant et, par ricochet, de le rendre accessible aux justiciables. « L'on épargner[ait] ainsi les désillusions inutiles aux plaideurs de bonne foi tout en faisant barrage aux velléités procédurières des autres »⁵²².

Néanmoins, une telle solution ne serait pas non plus parfaite. Au contraire, elle aurait tendance à complexifier les procédures pour un résultat non assuré. En effet, non seulement le renvoi préjudiciel allonge les procédures et donc, alourdit leurs coûts financiers, mais encore il engendrerait des « conséquences imprévisibles sur le plan

⁵¹⁷ En ce sens, se référer à J. ZILLER, « La dialectique du contentieux européen : le cas des recours contre les actes normatifs » in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges offerts à Michel Fromont*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, 473 p., pp. 443-464, p. 464. Voir également Jean MISCHO, « Un rôle nouveau pour la Cour de justice ? », *RMC*, 1990, pp. 681-686, p. 683.

⁵¹⁸ Sur ce point, se référer à C. AUTEXIER, « Les embarras de Karlsruhe : les propositions de la Commission Benda pour l'allègement des tâches de la Cour constitutionnelle » in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges offerts à Michel Fromont*, Strasbourg, Presses Universitaires de 2001, 473 p., pp. 27-44 ; et spéc. à S. NICOT, *Contribution à l'étude de la sélection des recours par la juridiction constitutionnelle (Allemagne, Espagne et États-Unis)*, Paris, LGDJ, 467 p.

⁵¹⁹ Voir not. O. LE BOT, « Charte de l'Union européenne ... », *op. cit.*, pp. 808-809.

⁵²⁰ P. GAÏA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 243. Voir également en ce sens F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, § 105, pp. 154-158, b), p. 157.

⁵²¹ *Id.*

⁵²² *Id.*

communautaire »⁵²³. Ce constat n'est pas sans limiter l'objet de la troisième condition susvisée. En outre, une procédure préjudicielle classique n'emporterait aucune sanction, « lorsque le juge communautaire n'aligne[rait] pas son interprétation sur celle du juge européen »⁵²⁴. En d'autres termes, afin qu'une telle procédure préjudicielle soit efficace pour empêcher les divergences de jurisprudences, il serait nécessaire d'obliger la Cour de justice à respecter la jurisprudence européenne. Dès lors, il s'agirait de placer la première sous l'autorité de la seconde pour ce qui concerne les droits fondamentaux issus de la CESDH, ce que constitue justement l'un des objets principaux de l'adhésion de l'Union à cette Convention. Il devient alors spécieux de substituer une question préjudicielle à l'adhésion, alors que, pour être efficace, la première tend à aboutir au même résultat que la seconde. La compensation de la complexification des procédures engendrées, se révèle alors bien décevante. Il devient beaucoup plus simple de recourir à une adhésion⁵²⁵.

2. Une solution positive

756. Le choix de l'adhésion de l'Union européenne à la CESDH constitue l'aboutissement d'une réflexion approfondie. En recherchant les moyens les plus efficaces pour améliorer la protection des droits fondamentaux communautaires, l'on se rend compte que ces moyens sont le plus souvent inadéquats, parce qu'insuffisants. Au contraire, l'adhésion présente le mérite de proposer une solution radicale et globale. Elle permettrait non seulement d'affermir la place des droits fondamentaux au sein des fondements de l'Union, mais encore de clarifier la mission d'un juge dont la doctrine n'a pas toujours compris la réserve.

757. Premièrement, l'adhésion aurait pour effet de prouver que les droits fondamentaux sont clairement devenus un des fondements de la construction communautaire. Certes, l'article F, §2, du traité de Maastricht avait pu laisser penser que la protection des droits fondamentaux était devenue un objectif de l'Union. Pourtant, il ne fait qu'énoncer que : « L'Union respecte les droits fondamentaux »⁵²⁶. Si le respect emporte la considération, il ne signifie pas que son objet devient un but. Il peut simplement correspondre à la volonté de ne pas porter atteinte à l'objet en question, lorsqu'il est rencontré lors de la recherche des buts. Or, les droits fondamentaux (sous couvert de l'expression « droits de l'homme et libertés fondamentales ») n'ont été élevés au rang des fondements de l'Union que lors de la réécriture du §1^{er} de l'article F devenu 6 dans le traité d'Amsterdam. Aussi, jusqu'au 1^{er} mai 1999 (date d'entrée en vigueur de ce traité), l'Union n'était pas conçue par la « puissance constitutive » communautaire, comme fondée sur le respect des droits fondamentaux.

⁵²³ R. LECOURT, « Cour européenne des Droits de l'Homme et Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 338.

⁵²⁴ O. LE BOT, « Charte de l'Union européenne ... », *op. cit.*, p. 811.

⁵²⁵ À propos des mécanismes alternatifs à l'adhésion que le groupe ne recommande pas, voir Groupe de travail II de la Convention européenne « Intégration de la Charte/adhésion à la CEDH », « Rapport final », 22 octobre 2002, CONV 354/02, 17 p., p. 15.

⁵²⁶ Nous soulignons.

Depuis, la crédibilité de l'Union européenne repose en partie sur sa capacité à respecter ses propres fondements. L'adhésion aurait alors pour effet de montrer que la « puissance constitutive » communautaire tire les conséquences de ce nouveau fondement, pour clarifier la situation des éléments préalablement introduits pour les droits fondamentaux communautaires. En particulier, elle apporterait un soutien clair à l'utilisation de la CESDH par le juge communautaire⁵²⁷. Dès lors, et au-delà du rééquilibrage des obligations pesant sur les États membres d'une part, et sur l'Union européenne d'autre part⁵²⁸, l'adhésion constituerait le moyen le plus expédient pour attester du changement qualitatif qu'ont connu les fondements de l'Union. Elle témoignerait de la volonté de la « puissance constitutive » communautaire d'en assumer pleinement les conséquences, en adoptant une méthode susceptible de développer la protection des droits fondamentaux communautaires, tout en sauvegardant « l'unité d'interprétation des dispositions de la Convention relative aux droits fondamentaux »⁵²⁹. Cette clarification impliquerait inévitablement des effets sur la mission de la Cour de justice.

758. Deuxièmement, avec l'adhésion, la Cour de justice serait dorénavant juridiquement soumise à la CEDH pour ce qui concerne l'interprétation et l'application des droits de la CESDH. L'on s'est alors interrogé sur les conséquences de cette obédience.

Si le doyen COHEN-JONATHAN remarquait qu'il était difficile de parler de subordination alors que seul le domaine des droits de l'homme serait en cause⁵³⁰, beaucoup d'auteurs ont expliqué le refus de la Cour de justice de reconnaître la compétence de la Communauté européenne pour adhérer à la CESDH⁵³¹ comme étant le moyen pour la Cour de ne pas « se placer sous la "coupe" de l'autre juge »⁵³². Néanmoins, ce raisonnement nous semble quelque peu simpliste. En effet, la CJCE avait déjà reconnu pouvoir « se soumettre aux décisions d'une juridiction créée ou désignée en vertu »⁵³³ d'un autre traité international. Nous ne voyons donc pas pourquoi elle refuserait d'appliquer sa propre jurisprudence à l'endroit de la CEDH. Il n'existe en outre aucune

⁵²⁷ Sur ce point, voir not. L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., 2005, 576 p., § 616, pp. 471-473, p. 472.

⁵²⁸ *Id.*

⁵²⁹ P. WACHSMANN, « Les droits de l'homme », *RTDE*, 1997, pp. 883-902, p. 892.

⁵³⁰ G. COHEN-JONATHAN, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme » in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, 720 p., pp. 3-31, p. 10.

⁵³¹ CJCE, avis 2/94 du 28 mars 1996, portant sur l'Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Rec.*, p. I-1759.

⁵³² F. ZAMPINI, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux "dans le cadre du droit communautaire" », *RTDE*, 1999, pp. 659-707, p. 661. Voir également S. MATHIEU, « L'adhésion de la Communauté à la CEDH : un problème de compétence ou un problème de soumission ? », *op. cit.*, p. 31.

⁵³³ CJCE, avis 1/91 du 14 décembre 1991, *Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen*, *Rec.*, p. I-6079, pt 40. Voir à ce sujet M. WAELBROECK, « La Cour de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 551.

raison justifiant que « la Cour de Luxembourg posséderait une immunité particulière à l'égard d'un contrôle externe, alors que toutes les cours constitutionnelles nationales sont soumises au contrôle du juge de Strasbourg, juge suprême des libertés en Europe »⁵³⁴. En réalité, nous pensons que les termes que la CJCE a adoptés dans son avis 2/94 sont particulièrement clairs. Malgré certaines affirmations doctrinales⁵³⁵, la CJCE ne pouvait que décliner la compétence de la Communauté pour adhérer. Non seulement l'article 6 évoqué n'était pas applicable à l'endroit de la Communauté, mais surtout la version alors en vigueur de l'article F ne faisait nullement des droits fondamentaux un fondement de l'Union, comme précédemment expliqué. De ce fait, si la CJCE avait adopté la position inverse, elle se serait reconnue apte à introduire un nouveau fondement à la construction communautaire. Or, elle refuse de se substituer à la « puissance constitutive » communautaire, et renvoya simplement la question aux États membres⁵³⁶. Nous pourrions même considérer que si la Cour avait accepté l'adhésion, elle aurait décliné sa compétence ultime en matière d'interprétation et d'application des traités communautaires à propos des droits fondamentaux. Autrement dit, il n'aurait pas été impossible de qualifier ce comportement d'« incompétence négative »⁵³⁷, en ce que la Cour aurait décidé de ne plus épuiser sa compétence, mais de s'en remettre à un juge extérieur. En tout cas, en respectant la « puissance constitutive » communautaire, la CJCE confirmait sa jurisprudence classique, et tendait également à rassurer les acteurs nationaux, et spécialement les juges, par son respect légitime et légitimé de l'engagement communautaire⁵³⁸.

D'ailleurs, le choix de l'adhésion participerait également à renforcer la légitimité de la Cour de justice vis-à-vis des juridictions nationales. Toutefois, la légitimation ne proviendrait pas du comportement du juge, mais elle procèderait cette fois-ci de la « puissance constitutive ». La Cour de justice s'en trouverait allégée, puisqu'elle n'aurait plus constamment à prouver implicitement qu'elle ne souhaite pas placer les juges nationaux dans une situation délicate à propos de la garantie des droits fondamentaux. Il est probable que les juges nationaux aujourd'hui méfiants ne le seraient plus autant. L'adhésion faciliterait alors la tâche de la Cour de justice dans son contrôle de l'efficacité globale de l'ordre juridique communautaire, et ainsi de sa validité. L'adhésion permettrait en somme de montrer aux juges nationaux que le nouveau fondement de la construction communautaire serait sanctionné, et donc appelé à être efficace.

⁵³⁴ G. COHEN-JONATHAN, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 10.

⁵³⁵ Pour les critiques de l'avis 2/94, voir par ex. G. COHEN-JONATHAN, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 10 ; S. MATHIEU, « L'adhésion de la Communauté à la CEDH : un problème de compétence ou un problème de soumission ? », *op. cit.* ; ou encore M. WELBROECK, « La Cour de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 553.

⁵³⁶ Voir à ce sujet J.-P. PUISOCHET, « La Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de l'homme » in *Protection des Droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 1587 p., pp. 1139-1151, p. 1148.

⁵³⁷ Pour des précisions concernant ce concept, se référer par ex. à L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 9^{ème} éd., 2006, 968 p., § 1149, pp. 723-727 et § 1244, pp. 800-801.

⁵³⁸ À propos de la légitimité de la Cour de justice, voir *supra*, titre II de la partie I, §§ 343 et s.

759. En définitive, l'adhésion de l'Union européenne à la CESDH présente des intérêts indéniables autant pour les progrès de la protection des droits fondamentaux que pour la pérennité de l'ordre juridique communautaire. Aussi certains auteurs y voient-ils « la solution idéale »⁵³⁹. L'adhésion ne peut toutefois être parfaite. D'autres auteurs la critiquent d'ailleurs.

§2. La critique de l'adhésion

760. L'adhésion de l'Union européenne à la CESDH n'emporte pas une opinion unanime. En particulier, l'ancien juge à la CJCE PESCATORE la considère proprement inutile du fait que la Communauté aurait succédé aux États pour les compétences qu'ils lui ont transférées⁵⁴⁰. En application de la théorie du droit international classique relative à la succession d'États, la Communauté serait ainsi déjà soumise aux obligations de la CESDH. Cette opinion est toutefois largement décriée par la majorité de la doctrine⁵⁴¹. Nous ne considérons cependant pas que l'opinion dominante constitue la plus juste. Au contraire, comme nous l'avons déjà montré concernant les caractères de l'État de droit⁵⁴², la majorité peut avoir tort. Aussi nous intéresserons-nous à cette théorie de la succession d'États même si, finalement, nous nous rallierons à l'opinion majoritaire. Cela ne nous empêchera cependant pas d'envisager l'insuffisance probable de l'adhésion. La solution la plus adéquate n'est en effet jamais exempte de carences ou d'inconvénients. Il demeure important d'en rester conscient pour adapter la méthode d'adhésion et aborder objectivement cette solution. Notre approche ne se contentera donc pas de douter de l'inutilité dénoncée par certains de l'adhésion (A). En réalité, nous acceptons que cette solution n'est pas parfaite et peut présenter une certaine insuffisance, surtout prise globalement (B).

⁵³⁹ En particulier, voir A. BULTRINI, « La responsabilité des États-membres de l'Union européenne pour les violations de la CEDH imputables au système communautaire », *op. cit.*, p. 40. Voir également H.C. KRÜGER et J. POLAKIEWICZ, « Propositions pour la création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe », *RUDH*, 30 octobre 2001, pp. 1-14, p. 3.

⁵⁴⁰ P. PESCATORE, « La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'Homme » in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, 750 p., pp. 441-455, spéc. pp. 451-454.

⁵⁴¹ Voir not. O. de SCHUTTER et O. L'HOEST, « La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire : Gibraltar, l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *CDE*, 2000, pp. 141-214, pp. 171-177.

⁵⁴² Voir *supra*, §§ 269 et s.

A. L'inutilité douteuse

761. La critique de l'ancien juge à la CJCE PESCATORE est en fait d'autant plus à prendre en considération qu'il l'a renouvelée récemment⁵⁴³. Sa démarche comporte néanmoins un défaut essentiel. Il se fonde sur la théorie de la succession d'États en droit international pour justifier l'inutilité de l'adhésion (1), mais il néglige l'essence propre de cette théorie (2). En conséquence, nous n'adhérons pas à son opinion.

1. Une théorie inspirée de la succession d'États

762. Dans sa contribution aux *Mélanges Wiarda*, l'ancien juge à la CJCE PESCATORE évoque trois éléments pour étayer son propos. D'abord, la Commission a dans un premier temps considéré que l'adhésion de la Communauté à la CESDH n'était pas nécessaire dans la mesure où les « droits fondamentaux transposés en règles par la Convention sont à reconnaître comme généralement obligatoires dans le droit communautaire sans qu'aucun acte constitutif ne doive intervenir »⁵⁴⁴. Sa « volte-face »⁵⁴⁵ du 4 avril 1979⁵⁴⁶ ne serait pas due à des raisons juridiques, mais uniquement à la motivation politique de renforcer l'image de la construction communautaire, comme le laisse d'ailleurs entendre l'un des sous-titres de ce memorandum. Ensuite, l'« effet de substitution »⁵⁴⁷ est tout à fait applicable à l'endroit de la Communauté puisqu'il a déjà joué à propos du GATT. La CJCE a effectivement considéré que la Communauté était liée par cet accord tandis qu'elle n'y était originairement pas partie⁵⁴⁸. Enfin, la CJCE utilise déjà la CESDH. Il suffirait qu'elle « reconnaisse explicitement qu'elle applique les dispositions de la Convention *parce qu'elle est obligée de le faire* en vertu du droit international »⁵⁴⁹.

⁵⁴³ P. PESCATORE, « La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux - Enquête sur un problème virtuel », *RMCUE*, 2003, pp. 151-159, spéc. pp. 157-159. Nous remarquons qu'il est fort probable que l'auteur ait entendu répondre à la critique formulée par le professeur de SCHUTTER et O. L'HOEST appuyée par la jurisprudence européenne *Matthews*. En effet, le professeur PESCATORE intègre ce nouvel élément pour conforter son opinion, comme pour contrer les auteurs précédents. Voir O. de SCHUTTER et O. L'HOEST, « La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire : Gibraltar, l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 171-177.

⁵⁴⁴ Commission des CE, « La protection des droits fondamentaux dans la Communauté européenne », rapport du 4 février 1976, *Bulletin des Communautés européennes*, 1976, suppl. n° 5, § 28, alinéa 3.

⁵⁴⁵ P. PESCATORE, « La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 452.

⁵⁴⁶ Commission des CE, « Adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme », memorandum du 4 avril 1979, *Bulletin des Communautés européennes*, 1979, suppl. 2.

⁵⁴⁷ Idée évoquée par H.-J. GLAESNER, « Einige Überlegungen zum Beitritt der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Konvention für Menschenrechte », *Europarecht*, 1980, pp. 119-123, et reprise par P. PESCATORE, « La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 453.

⁵⁴⁸ CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres c/ Produktschap voor Groenten en Fruit*, aff. jointes 21 à 24/72, *Rec.*, p. 1219, pt 18.

⁵⁴⁹ P. PESCATORE, « La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 454.

763. D'autres auteurs se sont en outre révélés favorables à une telle théorie. Notamment, selon le doyen COHEN-JONATHAN, l'ancien juge à la CEDH TEITGEN adhère à cette logique⁵⁵⁰. De la même manière, le professeur WAELEBROECK estime pouvoir se fonder sur l'antériorité de la CESDH par rapport au Traité de Rome, pour considérer que la CEE était déjà soumise à la Convention⁵⁵¹. Les États ne peuvent donc se délier vis-à-vis des autres parties contractantes de la CESDH. En réalité, nous retrouvons ici le fondement de la doctrine *M & Co* posée par la Commission européenne des droits de l'homme et réhabilitée par la CEDH dans son arrêt *Bosphorus*⁵⁵² : si les États peuvent transférer des compétences à des organisations internationales créées ultérieurement à leur engagement envers la CESDH, ils sont tenus responsables si l'organisation bénéficiaire n'apporte pas une protection équivalente aux droits fondamentaux concernés par la mise en œuvre des compétences transférées. Aussi les États doivent-ils respecter ou faire respecter la substance de la CESDH dans l'application de leurs obligations communautaires postérieures, parce qu'ils se sont préalablement engagés envers les instances de Strasbourg. Il est par ailleurs fort douteux que les États qui ont adhéré à la CESDH après avoir intégré la CEE ont voulu s'engager seulement pour les compétences qu'ils n'avaient pas transférées à la CEE. La France – puisqu'il s'agit du seul État dans cette hypothèse – n'a d'ailleurs formulé aucune réserve à la CESDH en ce sens. Enfin, le traité de Maastricht réglerait la question, puisque son article F, §2, qui codifie l'utilisation de la CESDH par le juge communautaire est postérieur à toutes les ratifications nationales de cette Convention⁵⁵³.

764. Sous cet angle, l'application de la théorie de la succession d'États à la question de la CESDH au sein de la construction communautaire paraît séduisante. Pourtant, un détail linguistique devait nous interpeller. Comme l'indique son intitulé, la théorie de la succession d'États concerne logiquement des États. Or, la Communauté européenne n'en est pas un. Une analyse du droit international public sur ce point devait en révéler l'importance.

⁵⁵⁰ G. COHEN-JONATHAN, « La Cour de justice des Communautés européennes et les droits de l'homme », *RMC*, 1978, pp. 74-100, p. 96, se référant à « Intervention au Colloque de Grenoble (janvier 1973) sur l'efficacité de mécanismes juridictionnels de protection de personnes privées dans le cadre européen, *Revue des Droits de l'Homme*, 1973, n° III-4, p. 666 ».

⁵⁵¹ M. WAELEBROECK, « La Convention européenne des droits de l'homme lie-t-elle les Communautés européennes ? » in *Droit communautaire et droit national*, Bruges, De Tempel, 1965, pp. 305-318, §§ 3-5, pp. 308-314. Voir également les opinions diverses au sujet de la controverse soulevée par le professeur WAELEBROECK au sein du compte rendu de la discussion sur son rapport, dans le même ouvrage, pp. 319-333.

⁵⁵² Voir *supra*, § 727.

⁵⁵³ À propos du caractère confortatif de cette disposition, voir P. PESCATORE, « La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux - Enquête sur un problème virtuel », *op. cit.*, p. 158.

2. Une théorie négligeant l'essence de la succession d'États

765. La succession d'États n'est pas une question simple. Au contraire, elle mérite une approche des plus pragmatiques⁵⁵⁴. Certes, une *Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités* a été signée le 22 août 1978, mais elle n'est entrée en application que le 6 novembre 1996⁵⁵⁵. D'une part, elle n'était donc pas en vigueur au moment où la CJCE a dû prendre position dans son avis 2/94. En outre, elle n'a été ratifiée que par un faible nombre d'États, et par aucun des États parties à la construction communautaire de l'époque⁵⁵⁶. D'autre part, sa difficulté d'adoption illustre la frilosité certaine des États en la matière⁵⁵⁷. En effet, on touche ici à l'intégrité de la souveraineté des États, notamment aux conséquences de la manière dont ils l'ont acquise et dont ils pourraient la perdre⁵⁵⁸. ... Dès lors, la théorie de la succession ne concerne pas seulement un quelconque transfert de compétence. D'ailleurs, la doctrine communautaire préfère parler de « substitution », ou de « subrogation de la Communauté dans les droits et obligations des États membres »⁵⁵⁹. Il est vrai qu'aucun ordre juridique successeur n'a globalement remplacé les États prédécesseurs. À supposer toutefois que les différences linguistiques doivent être minorées, et puisque cette théorie gère des questions de souveraineté, il ne peut en être fait application sans une rigoureuse prise en considération du respect des souverainetés nationales. Il devient alors impossible de se figurer que les États qui ont ratifié la CESDH après leur entrée dans la construction communautaire n'ont vraisemblablement pas entendu limiter leur engagement aux compétences non transférées. L'élément temporel ne peut être négligé, tout comme la substance de l'engagement.

766. En premier lieu, la CJCE témoigne de son respect des souverainetés nationales en se fondant sur la chronologie des engagements de tous les États membres. En effet, elle conditionne sa reconnaissance de la soumission de la CEE au GATT notamment au fait « qu'au moment de conclure le traité instituant la Communauté économique européenne, les États membres étaient liés par les engagements de l'accord

⁵⁵⁴ Voir spéc. P. DAILLIER et A. PELLET (N. QUOC DINH †), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^{ème} éd., 2002, 1510 p., § 171, pp. 266-368, p. 266 ; ou encore P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 7^{ème} éd., 2004, 811 p., § 51, pp. 45-46, p. 46.

⁵⁵⁵ Document disponible en anglais sur Internet : <<http://www.jurisint.org/doc/html/ins/en/2001/2001jiinsen7.html>>.

⁵⁵⁶ À ce jour, seuls dix-sept États l'ont ratifié ou y ont adhéré : Bosnie-Herzégovine, Croatie, Dominique, Égypte, Estonie, Ethiopie, Iraq, Macédoine (Ex-république yougoslave de), Maroc, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Serbie et Monténégro, Seychelles, Slovaquie, Slovénie, République tchèque, Tunisie et Ukraine.

⁵⁵⁷ À ce sujet, voir not. P. DAILLIER et A. PELLET (N. QUOC DINH †), *Droit international public*, *op. cit.*, § 353, pp. 541-542, p. 542.

⁵⁵⁸ Concrètement, la question se pose singulièrement pour les États révolutionnaires qui ne souhaitent pas être liés par les traités que le gouvernement renversé avait contractés. Les États révolutionnaires ne peuvent toutefois prétendre pouvoir s'extraire de toutes les obligations antérieures. Le principe de la « table rase » promu par les États issus de la décolonisation n'a en effet pas été accepté.

⁵⁵⁹ À ce sujet, se référer à O. de SCHUTTER et O. L'HOEST, « La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire : Gibraltar, l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. pp. 171-178.

général »⁵⁶⁰ du GATT. Le TPICE confirme d'ailleurs l'importance de cette condition dans son récent arrêt *Kadi*. Il rappelle ainsi « que, au moment de conclure le traité instituant la Communauté économique européenne, les États membres étaient liés par leurs engagements au titre de la charte des Nations unies », et en déduit que la Communauté est liée par cette dernière⁵⁶¹. De ce fait, l'assimilation des hypothèses CESDH et GATT opérée par l'ancien juge PESCATORE est incorrecte, puisque les États membres n'avaient pas tous ratifié la CESDH au moment de leur entrée dans la Communauté. Certes, l'argument pourrait être minoré au regard du fait que le traité de Maastricht qui reconnaît, pour la première fois et explicitement, l'importance des droits fondamentaux communautaires, a été adopté alors que tous les États membres étaient parties à la CESDH. Néanmoins, la considération pour les souverainetés nationales devait conduire à prendre en compte la substance de l'engagement communautaire.

767. En second lieu, la CJCE entend respecter les souverainetés nationales en se conformant précisément au contenu de leur expression. L'affaire dans laquelle elle a traité du GATT est d'ailleurs très éloquente à ce sujet. La Cour s'intéresse à la volonté non seulement des États membres de conférer précisément à la CEE une telle compétence, mais encore de la Communauté de l'exercer, ainsi qu'à l'acceptation des autres États parties au GATT⁵⁶². Comme elle constate que « le transfert de compétences, intervenu dans les rapports entre les États membres et la Communauté, a été concrétisé de différentes manières dans le cadre de l'accord général et reconnu par les autres parties contractantes »⁵⁶³, elle conclut que la Communauté est liée par le GATT. Dès lors, comme les États n'avaient pas exprimé leur volonté de faire des droits fondamentaux un fondement de la construction communautaire, la subrogation de la Communauté était irréalisable. Il aurait fallu qu'ils s'expriment clairement sur la question mais, en l'absence de modification suffisante des traités, la CJCE demeurait dans l'impossibilité de reconnaître la compétence de la Communauté.

Il convient également d'écarter toute tentation de poser la succession comme automatique en matière de droits de l'être humain. Certes, « le Comité des droits de l'homme a considéré dès avril 1993 que tous les peuples placés sur le territoire d'un ancien État partie au Pacte sur les droits civils et politiques des Nations Unies conservaient le droit de bénéficier des garanties énoncées par le Pacte »⁵⁶⁴. Néanmoins, la CIJ n'a pas voulu reconnaître que les droits de l'être humain faisaient l'objet d'une succession d'États automatique⁵⁶⁵. Le principe fondamental en la matière de l'effet relatif des conventions a prévalu. Si le Tribunal pénal international a adopté une position

⁵⁶⁰ CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres c/ Produktschap voor Groenten en Fruit*, aff. jointes 21 à 24/72, *Rec.*, p. 1219, pt 10.

⁵⁶¹ TPICE, 21 septembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi c/ Conseil et Commission*, aff. T-315/01, *Rec.*, p. II-3649, pt 194. Voir à ce sujet les commentaires de H. LABAYLE, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *RTDE*, 2006, pp. 1-46, pp. 39-40.

⁵⁶² CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres c/ Produktschap voor Groenten en Fruit*, aff. jointes 21 à 24/72, *Rec.*, p. 1219, pts 12 à 18.

⁵⁶³ *Ibid.*, pt 16.

⁵⁶⁴ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, op. cit., § 57, pp. 54-57, p. 55.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, pp. 55-56.

contraire⁵⁶⁶, il ne peut donc pas être considéré que son interprétation révèle une position de principe.

768. Bref, que ce soit en considération de la chronologie des expressions de souveraineté, ou de leurs contenus, la CJCE ne pouvait valablement pas reconnaître la Communauté comme capable d'adhérer à la CESDH. Il lui aurait été encore plus difficile de considérer qu'elle était déjà liée par cette Convention. C'est pourquoi elle s'est légitimement retranchée derrière la compétence de la « puissance constitutive » communautaire. L'ancien juge à la CJCE PESCATORE a ainsi probablement confondu ses aspirations personnelles et la réalité du droit international public. Soucieuse de séparer nos espoirs de la science⁵⁶⁷, nous constatons simplement que l'adhésion ne peut être rendue possible que par la conjonction des souverainetés nationales donnant lieu à la « puissance constitutive » communautaire. À partir du moment où cette dernière l'a décidée, elle est devenue envisageable. L'adhésion de l'Union européenne à la CESDH devrait marquer, si elle se réalise, un progrès notoire pour la protection des droits fondamentaux communautaires. Nous ne devons toutefois pas nous bercer d'illusions. Elle ne pourra pas être parfaite.

B. L'insuffisance globale

769. D'un côté, l'adhésion de l'Union à la CESDH constitue une solution positive pour ce qui concerne les relations entre les droits communautaire et européen. De l'autre, elle ne peut pas être suffisante dans la mesure où elle ne sera jamais capable d'empêcher d'éventuelles divergences entre les jurisprudences européenne et communautaire, de la même manière qu'elles persistent entre les jurisprudences européenne et nationales.

770. Par-dessus tout, cette adhésion ne résoudra pas la désarticulation constatée au niveau de la protection des droits de l'homme en Europe⁵⁶⁸. Certes, elle ne l'ambitionne pas. Néanmoins, puisque les juges nationaux sont devenus des juges communautaires, et alors qu'ils sont plongés au cœur de la problématique des droits fondamentaux en Europe et peuvent être ainsi quelque peu désorientés, il serait cohérent que la question soit abordée globalement. Or, l'adhésion n'a trait qu'à un point particulier de la problématique. Elle n'implique directement que la relation entre les juges européen et communautaire, tandis qu'il faudrait « nous sortir de ce cadre pour

⁵⁶⁶ P. DAILLIER et A. PELLET (N. QUOC DINH †), *Droit international public*, op. cit., § 361, pp. 551-554, p. 554 à propos de l'arrêt du 20 février 2001, *Delalic*, pts 110-113.

⁵⁶⁷ Voir *supra*, § 16.

⁵⁶⁸ Sur la désarticulation du système de protection des droits de l'homme en Europe, se référer aux propos des rapporteurs de la XX^e Table ronde internationale des 17 et 18 septembre 2004, organisée à Aix-en-Provence, « Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale : à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe ? » in *AIJC*, XX-2004, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 2005, 830 p., pp. 141-422.

parvenir à régler le problème et redistribuer les rôles entre les différents types de juridictions »⁵⁶⁹ ordinaires, constitutionnelles, européenne et communautaire.

771. Si l'adhésion de l'Union à la CESDH amoindrirait l'embarras des juges nationaux, elle ne serait donc pas suffisante. Elle serait toutefois susceptible de constituer la première étape d'un phénomène plus global. La rationalisation de la protection des droits de l'homme en Europe que les juristes espèrent est peut-être en marche. Les juristes semblent cependant hésitants quant aux réponses à apporter. Peu osent imaginer des solutions aussi globales que radicales. Il faudra bien, pourtant, casser les réflexes spécialisés pour aborder les choses de manière transversale, comme le souligne le doyen FAVOREU⁵⁷⁰. Il faudra bien, également, assumer le rôle d'inspiration du politique et s'ouvrir aux autres sciences. La prospective stratégique pourrait ici venir au secours du juriste enfermé dans le désordre qu'il n'arrive pas à dépasser du fait de sa spécialisation. Il ne s'agit pour autant pas de se substituer aux politiciens⁵⁷¹, mais plutôt de leur montrer les voies du possible juridique. En conséquence, nous ne souhaitons pas nous appesantir sur le fait que l'adhésion de l'Union à la CESDH demeurerait déficiente, spécialement dans une approche globale (1). En revanche, nous pouvons aborder les choses positivement et considérer que l'adhésion ouvre de nouvelles perspectives (2).

1. Une rationalisation déficiente

772. L'adhésion de l'Union européenne à la CESDH emporterait clairement une rationalisation des rapports qu'entretiennent les ordres juridiques européen et communautaire. Cette rationalisation ne pourrait toutefois être parfaite. Elle engendrerait au contraire quelques déficiences susceptibles, en outre, de rejaillir sur le contexte global de la protection des droits de l'homme en Europe.

773. Premièrement, l'adhésion de l'Union européenne à la CESDH ne pourrait pas supprimer toute éventualité de divergences de jurisprudence. En effet, même si la Cour de justice était censée suivre les interprétations de la CEDH, il lui serait toujours matériellement loisible de ne pas adopter la même position. D'ailleurs, contrairement à l'idée générale qui ressort de la thèse d'Élisabeth LAMBERT⁵⁷², des conflits entre les juges européen et nationaux persistent. Il suffit de rappeler les résistances de la Cour de

⁵⁶⁹ L. FAVOREU, « Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, § 24, pp. 808-809, p. 808.

⁵⁷⁰ *Id.*

⁵⁷¹ Le fait de s'attacher à la science du droit n'empêche aucunement de s'intéresser à la politique juridique. L'important est de ne pas les mélanger.

⁵⁷² Il est intéressant de noter que son index ne mentionne l'occurrence « divergences de jurisprudence avec la CourEDH » qu'à propos de la CJCE, et non à propos des États parties. Voir également sa conclusion générale. É. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 624 p., resp., pp. 537-551, p. 539, et pp. 519-527.

cassation française concernant plusieurs dispositions procédurales⁵⁷³, ou plus récemment la controverse relative à la condamnation de la présence de l'avocat général ou du commissaire du gouvernement lors du délibéré par la CEDH dans son arrêt *Kress*, controverse renouvelée par la récente condamnation de la France dans l'affaire *Martinie*⁵⁷⁴. Même si cette hypothèse nous semble peu probable en raison du dialogue que ces juges entretiennent⁵⁷⁵, elle ne doit pas être négligée.

⁵⁷³ Nous pouvons citer au moins trois dispositions françaises à propos desquelles la Cour de cassation a témoigné d'une grande résistance face au juge européen.

- Tout d'abord, l'article 583 du code de procédure pénale fut l'objet de deux condamnations de la France : le 14 décembre 1999 *Khalfaoui* (req. n° 34791/97, *Rec.*, 1999-IX), et le 23 mai 2000 *Van Pelt* (req. n° 31070/96, non publié mais disponible sur Internet). La France a fini par abroger cette disposition. Cependant, l'affaire *Papon* a déjà engendré une nouvelle condamnation de la France sur ce fondement (25 juillet 2002, req. n° 54210/00, *Rec.*, 2002-VII).

- Ensuite, à propos de l'article 569 du même code de procédure pénale, la Cour de cassation a fini par céder aux attaques répétées de la Cour européenne : trois condamnations, dont deux du même jour, pour intimer d'autant plus fort la juridiction récalcitrante, du 24 novembre 1993 *Poitrimol* (série A n° 277 A), du 29 juillet 1998 arrêt *Omar* (req. n° 24767/94, *Rec.*, 1998-V), et arrêt *Guérin* (req. 25201/94, *Rec.*, 1998-V). La Cour de cassation a donc fini par opérer un revirement de jurisprudence, dans un arrêt de la chambre criminelle du 30 juin 1999, *Rebboah*, (pourvoi n°98-80923, *Bull.*, n° 167, p. 478).

- Enfin, l'article 1009-1 du nouveau code de procédure civile fut l'objet d'une condamnation plus récente de la Cour européenne, dans un arrêt du 14 novembre 2000 *Annoni di Gussola et Dedordes et Omer* (req. n° 31819/96 et 33293/96, *Rec.*, 2000-XI). Le droit interne n'a pas été modifié suite à cette condamnation. Ainsi peut-on déduire que l'affaire de l'article 1009-1 du nouveau code de procédure civile est loin d'être close, surtout que la Commission européenne des droits de l'homme a déclaré le 14 janvier 1998 la requête n° 28845/95, *Marc Venot c/ France*, recevable, et que le défunt Comité des ministres a suivi le rapport n° 31 que la même Commission avait rédigé le 21 avril 1999 dans une résolution intérimaire n° 32 du 14 février 2000 autorisant la poursuite de l'examen de la présente affaire. Néanmoins, la nouvelle condamnation de la France dans un arrêt du 18 janvier 2005, *Carabasse c/ France*, (req. n° 59765/00), a suscité une modification du droit existant. Désormais, en vertu du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 (articles 49 et 50, *JORF*, 29 décembre 2005, en vigueur le 1^{er} mars 2006), l'article 1009-1 du nouveau code de procédure civile énonce : « Hors les matières où le pourvoi empêche l'exécution de la décision attaquée, le premier président ou son délégué décide, à la demande du défendeur et après avoir recueilli l'avis du procureur général et les observations des parties, la radiation d'une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi, à moins qu'il ne lui apparaisse que l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que le demandeur est dans l'impossibilité d'exécuter la décision » (nouveaux termes soulignés). Cette nouvelle exception répond en effet certainement à la situation du requérant Carabasse qui, âgé de 81 ans au moment de la condamnation en appel, et touchant une pension de retraite modeste, ne pouvait pas reprendre un travail pour s'acquitter de la somme importante requise : 1 300 000 francs, soit 198 183 euros, hors les intérêts de retard.

Sur ces questions, se référer spéc. à L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2006, 674 p., §§ 398-411, pp. 318-327.

⁵⁷⁴ CEDH, 7 juin 2001, *Kress c/ France*, req. n° 39594/98, *Rec.*, 2001-VI, § 74.

La controverse est en outre renouvelée par le fait que la CEDH a récemment condamné la France pour « la seule présence du commissaire du gouvernement au délibéré, que celle-ci soit "active" ou "passive" » (CEDH, 12 avril 2006, *Martinie c/ France*, req. n° 58675/00, § 53). D'une part, le Conseil d'État semble avoir pris acte de cette condamnation puisque, dans un arrêt du 5 mai 2006, il annule un arrêt d'appel pour l'atteinte portée à la régularité de la procédure par le Commissaire du gouvernement. En effet, celui-ci, « après avoir communiqué la veille de l'audience au conseil de la SOCIÉTÉ MULLERHOF le sens des conclusions qu'il envisageait de prononcer, [il] a modifié celui-ci lors de l'audience sans en avoir préalablement prévenu ce conseil ». Le fait que « le conseil de la société a pu produire une note en délibéré après l'audience » est en outre inopposable (CE, 5 mai 2006, *Société Mullerhof*, req. n° 259957, *Rec.*, p. 233). Mais d'autre part, il refuse de considérer que la demande de suspension de l'exécution de l'article R. 731-7 du code de justice administrative français, selon lequel le commissaire du gouvernement assiste au délibéré sans y prend part, puisse revêtir une quelconque urgence (CE, ordonnance de référé, 16 mai 2006, *Roland Courty*, req. n° 293356, inédit mais disponible sur Internet : <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=238003&indice=1&table=JADE&ligneDeb=1>>). Il a certainement dû vouloir laisser le temps pour l'élaboration du décret prévu pour tirer les conséquences de

774. Deuxièmement, certains auteurs s'interrogent sur la qualité de la protection des droits fondamentaux communautaires. Dans la mesure où « la Cour de justice resterait la juridiction suprême pour la protection des droits fondamentaux communautaires autonomes, tandis que la garantie des droits fondamentaux de la Convention relèverait des instances "de Strasbourg" », le professeur DAUSES se demande « si cette dualité ne favoriserait pas un certain sapement et une certaine réduction du niveau déjà atteint dans la Communauté en la matière »⁵⁷⁶. De la même manière, le professeur SPERDUTI craint l'avènement d'un « déséquilibre entre la protection dans les Communautés européenne des droits de l'homme reconnus dans la Convention de Rome et la protection de ces mêmes Communautés de droits de l'homme découlant d'une autre source »⁵⁷⁷. Nous remarquons toutefois que cette situation ne serait pas spécifique à l'Union européenne puisqu'elle existe déjà pour les ordres juridiques nationaux. Elle souligne en réalité une difficulté récurrente⁵⁷⁸ tenant à la coexistence d'ordres juridiques multipliés, nous menant vers notre dernière remarque.

775. Troisièmement, l'adhésion de l'Union européenne à la CESDH ne serait pas susceptible de simplifier la tâche du justiciable. D'un point de vue global au contraire, elle serait même en mesure de la complexifier. En effet, elle apporterait clairement un sixième degré de juridiction, après les trois procédures ordinaires (jugement, appel et cassation), pouvant donner lieu à une question préjudicielle devant la CJCE en matière communautaire, et la procédure constitutionnelle éventuellement accessible aux particuliers. Le doyen FAVOREU s'interroge alors avec ironie : « où s'arrêtera le progrès ? »⁵⁷⁹. Devant l'avidité de justice des citoyens⁵⁸⁰, les juges auront beau faire de leur mieux, les procédures ne pourront que s'allonger en se multipliant.

l'arrêt *Martinie*. En effet, le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel devait examiner le projet de décret, le 4 juillet dernier, selon les *Actualités Dalloz* du 30 juin 2006 (voir le site Internet : <<http://www2.dalloz.fr/>>). Finalement, l'article 4 du décret n° 2006-964 du 1^{er} août 2006, modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative (*JORF*, n° 178 du 3 août 2006, p. 11570) supprime l'article R 731-7 précité. La France a donc choisi de se conformer à la jurisprudence européenne.

⁵⁷⁵ Voir *supra*, §§ 708 et s.

⁵⁷⁶ M.A. DAUSES, « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *RTDE*, 1984, pp. 401-424, p. 422.

⁵⁷⁷ G. SPERDUTI, « Le rattachement des Communautés européennes à la Convention de Rome sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *op. cit.*, p. 171.

⁵⁷⁸ La question du « risque de "chevauchement de compétences" » était en effet déjà soulevée par le doyen FAVOREU en 1981. Voir L. FAVOREU, « Rapport général introductif » in L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, colloque international des 19, 20 et 21 février 1981, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, coll. Droit public positif, 1982, 540 p., pp. 25-51, p. 44, d'où la troisième partie de ce colloque consacrée en partie au rôle de la CJCE, pp. 411-460.

⁵⁷⁹ L. FAVOREU, « Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, § 20, pp. 804-805, p. 805.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, § 26, p. 811. Voir également F. DELPÉRIÉE, « Rapport sur la Belgique », XX^e Table ronde internationale des 17 et 18 septembre 2004, Aix-en-Provence, « Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale : à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe ? » in *AIJC*, XX-2004, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 2005, 830 p., pp. 141-422, pp. 167-183, p. 167.

776. Le désordre est patent. En tout cas, s'il est inhérent à tout ordre juridique⁵⁸¹, il atteint un niveau trop important. L'adhésion de l'Union européenne à la CESDH, parce que d'une amplitude trop réduite, ne peut y porter remède. D'autres solutions doivent être recherchées, mais l'adhésion peut constituer un point de départ intéressant.

2. Vers un parachèvement prospectif

777. La question de l'adhésion de l'Union européenne à la CESDH ouvre de nouvelles perspectives, au moins sur le plan symbolique. Elle témoignerait du premier lien officialisé entre les deux Europe identifiées par le professeur DELMAS-MARTY :

« d'un côté l'Europe économique, celle du "marché commun", avec le système juridique propre à la Communauté, d'abord nommée "Communauté économique européenne" ; de l'autre, l'Europe éthique, celle des droits de l'homme, au sein du Conseil de l'Europe »⁵⁸².

L'idée de la « grande Europe »⁵⁸³ trouve alors son fondement. En ce sens, plusieurs auteurs imaginent une cour suprême européenne. Certains ne le font que du bout des lèvres⁵⁸⁴. D'autres l'assument pleinement⁵⁸⁵. Si, au départ, il était plutôt question de développer la compétence de la CEDH sur l'ensemble des traités adoptés au sein du Conseil de l'Europe⁵⁸⁶, les auteurs s'intéressent aujourd'hui à la fusion des Cours de Strasbourg et de Luxembourg, vraisemblablement depuis que l'ancien président de la CEDH RYSSDAL en a lancé l'idée⁵⁸⁷. Pour ce faire, plusieurs techniques sont envisagées.

⁵⁸¹ Voir en ce sens les propos de O. PFERSMANN in *Compte rendu des discussions et débats*, XX^e Table ronde internationale des 17 et 18 septembre 2004, *ibid.*, pp. 363-422, p. 378.

⁵⁸² M. DELMAS-MARTY, « Désordre mondial et droits de l'homme » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. I, pp. 635-651, p. 644.

⁵⁸³ H.C. KRÜGER et J. POLAKIEWICZ, « Propositions pour la création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe », *op. cit.*, p. 14.

⁵⁸⁴ Voir par ex. R. LECOURT, « Cour européenne des Droits de l'Homme et Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 340, se référant à J.-V. LOUIS in *Revue des droits de l'homme*, 1972, p. 694.

⁵⁸⁵ Voir en part. H.G. SCHERMERS, « A European Supreme Court » in *Protection des Droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 1587 p., pp. 1271-1284.

⁵⁸⁶ Sur ce point, se référer à A.-H. PUELINCKX, « Commentaire sur l'ouvrage de Hans WIEBRINGHAUS, *Gerichtshof für Europa*, Europäische Aspekte, Schriftenreihe zur Europäischen Integration, 2^{ème} éd., Leyde, A.W. Sijthoff, 1967, 130 p. », *CDE*, 1968, pp. 362-363.

⁵⁸⁷ H.G. SCHERMERS se réfère ainsi à une conférence donnée à l'Institut universitaire européen de Florence par le juge RYSSDAL, intitulée « *On the Road to a European Constitutional Court* » in *Collected Courses of the Academy of European Law 1991*, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 7-20. Voir H.G. SCHERMERS, « A European Supreme Court », *op. cit.*, p. 1271. La conférence est également citée par C. TURNER, « *Human Rights Protection in the European Community : Resolving Conflict and Overlap Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights* », *EPL*, 1999, pp. 453-470, p. 466.

778. En premier lieu, le professeur TOTH propose une solution en trois étapes⁵⁸⁸. D'abord, le droit communautaire devrait intégrer la matière de l'ensemble des dispositions de la CESDH. Ensuite, la Cour de justice devrait acquérir une compétence complète à leur sujet. Enfin, les États membres de l'Union européenne devraient quitter la CESDH. L'idée centrale de l'auteur est en effet d'aboutir à un système dans lequel une seule juridiction officie⁵⁸⁹.

Toutefois, l'auteur ne respecte pas vraiment les propres prémices de son raisonnement. Il considère en effet que, parmi les cinq conditions que tout système de protection des droits de l'homme en Europe doit remplir, figure celle qui énonce qu'« il doit y avoir un système unique de règles substantielles pour la protection des droits de l'homme dans toute l'Europe »⁵⁹⁰. Or, si les États membres de l'Union européenne quittent la CESDH, cela n'emporte pas la fin de cette dernière. Dès lors, les droits européen et communautaire continueront de se développer, notamment par leur propre jurisprudence. Comme le souligne le professeur TURNER, il n'est ainsi pas sûr que « la CJCE apportera une protection équivalente des droits de l'homme sans l'influence extérieure de la CEDH »⁵⁹¹. Et surtout, il n'y aura pas de système unique dans toute l'Europe, mais simplement dans chacune des Europe, l'Europe communautaire d'une part, et l'Europe du Conseil de l'Europe résiduel d'autre part. Cette solution ne nous semble pas satisfaisante puisqu'elle risque de perpétuer les divisions symboliques.

779. En deuxième lieu, le professeur TURNER imagine la création d'une chambre des droits de l'homme au sein de la Cour de justice⁵⁹². Cette chambre constituerait un « forum informel de discussions entre la CJCE et la CEDH », car elle serait compétente pour les « recours directs des individus contestant la violation de leurs droits de l'homme » ; en outre, elle pourrait « donner son opinion, sur demande, avant que la législation ne soit adoptée »⁵⁹³.

En réalité, la suggestion du professeur TURNER présente l'intérêt de rejoindre la troisième proposition du Comité des sages désigné par la Commission européenne en 1995 et présidé par l'ancienne Premier ministre portugaise PINTASILGO⁵⁹⁴ tendant à la

⁵⁸⁸ A.G. TOTH, « *The European Union and Human Rights : the Way Forward* », *CML Rev.*, 1997, pp. 491-529, pp. 512-527, spéc. p. 512.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 519.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 512 : « *There must be a single system of substantive rules for the protection of human rights in all of Europe* ».

⁵⁹¹ C. TURNER, « *Human Rights Protection in the European Community : Resolving Conflict and Overlap Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights* », *EPL*, 1999, pp. 453-470, p. 465 : « *Steps one and two do not guarantee that the ECJ will provide an equivalent protection of human rights without the external influence of the ECtHR* ».

⁵⁹² *Ibid.*, pp. 466-469.

⁵⁹³ *Ibid.*, p. 467-468, resp. « *informal forum for discussions between the ECJ and the ECtHR* », « *it would hear direct actions by individuals claiming human rights violations by the Community institutions and against the Member States when acting on behalf of the EC and when derogating from Community law* », et « *the Chamber would give its opinion, if requested, before legislation is adopted* ».

⁵⁹⁴ « *Rapport des sages : pour une Europe des droits civiques et sociaux* », CdR 79/97, *Rapport général*, 1996, n° 559. Les idées du rapport sont reprises et commentées dans l'Avis du Comité des régions concernant ce rapport, *JOCE*, n° C 244, du 11 août 1997, p. 53.

création d'une juridiction communautaire spécialisée pour les droits fondamentaux⁵⁹⁵. En promouvant l'indépendance des États membres de l'Union européenne vis-à-vis des autres États parties à la CESDH, il aurait peut-être plus de chance d'aboutir. Pourtant, ce projet ne nous convainc pas non plus dans la mesure où il maintient la dualité des ordres juridiques européen et communautaire. Il souffre donc du même défaut que la proposition du professeur TOTH, alors même que le professeur TURNER voulait justement y répondre.

780. En troisième lieu, les professeurs BULTRINI et SCHERMERS envisagent une solution plus radicale qui aurait le mérite de supprimer la dualité de protection des droits de l'homme en Europe. Tous deux convergent vers l'idée d'une cour suprême européenne, au sein de laquelle la CEDH et la CJCE persisteraient⁵⁹⁶. Ils considèrent en effet que la CEDH pourrait devenir la juridiction spécialisée des droits de l'homme, tandis que la CJCE se consacrerait aux autres questions. Le professeur SCHERMERS apporte cependant une vision plus détaillée et plus aboutie, en précisant que la CEDH et la CJCE seraient des chambres de la Cour suprême européenne, ayant chacune leurs fonctions.

Évidemment, ils sont tous deux conscients que ce projet n'est pas tout de suite réalisable. Le professeur SCHERMERS pose d'ailleurs que la « Cour suprême européenne » se développera graduellement, en fonction du degré d'intégration européenne⁵⁹⁷, autrement dit à mesure de l'accroissement des besoins de l'ordre juridique européen. En réalité, en comparant les cartes de l'emprise géographique du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, nous remarquons qu'une telle hypothèse est loin d'être improbable⁵⁹⁸. L'Union européenne tend en effet à s'élargir, et petit à petit à se rapprocher des limites du Conseil de l'Europe⁵⁹⁹. L'obstacle politique à ce phénomène de confusion reste toutefois, selon nous, la participation de la Russie au Conseil de l'Europe, dans la mesure où il semble difficile de concevoir qu'elle puisse intégrer l'Union européenne⁶⁰⁰. Dans tous les cas, ce projet présente l'intérêt indéniable de perpétuer une

⁵⁹⁵ E. GARCIA DE ENTERRIA, « Les droits fondamentaux et la révision du traité sur l'Union européenne », *op. cit.*, p. 611 : « Une telle compétence serait attribuée à une Cour ad hoc non permanente (...), Cour qui serait composée d'un juge par pays désigné à cet effet (pour un délai déterminé) par les juridictions constitutionnelles respectives et, là où il n'en existe pas, par les Cours suprêmes nationales. Cette cour se constituerait lorsqu'il y aurait un cas mettant en cause les droits fondamentaux, ce qui, à en juger par la jurisprudence actuelle, ne serait pas très fréquent, et si elle accueillait le recours, elle renverrait l'affaire à la Cour de justice pour une nouvelle décision sur le fond. »

⁵⁹⁶ Voir A. BULTRINI, « La responsabilité des États-membres de l'Union européenne pour les violations de la CEDH imputables au système communautaire », *op. cit.* ; et H.G. SCHERMERS, « *A European Supreme Court* », *op. cit.*, pp. 1271-1284.

⁵⁹⁷ H.G. SCHERMERS, « *A European Supreme Court* », *op. cit.*, p. 1272.

⁵⁹⁸ À ce sujet, le site du Ministère des affaires étrangères français met à disposition sur Internet une carte dynamique fort utile : <<http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/swf/carte.swf>>.

⁵⁹⁹ Voir *supra*, § 748.

⁶⁰⁰ Si la Russie était contrainte de respecter pleinement ses engagements en particulier en Tchétchénie, il est fort probable qu'elle assumerait son appartenance à un autre système de valeurs et quitterait le Conseil de l'Europe. Certes, cela ne serait pas forcément bénéfique pour les relations diplomatiques avec les pays européens. Mais, de toute façon, la Russie a déjà créé sa propre « CEE » (Communauté économique eurasienne) au sein de la Communauté des États indépendants (CEI), qui comprend aujourd'hui neuf membres (Biélorussie, Russie, Kazakhstan, Kirghizstan, Tadjikistan, Moldavie, Ukraine, Arménie et

idée positive de l'Europe, car il montre que, malgré les déficiences de l'adhésion de l'Union européenne à la CESDH, des progrès seront toujours possibles.

781. En définitive, l'adhésion de l'Union européenne à la CESDH se révélerait insuffisante, spécialement au regard des effets globaux qu'elle est susceptible d'engendrer. Néanmoins, elle pourrait constituer le point de départ d'une démarche plus ambitieuse que la plupart de la doctrine n'ose pas encore imaginer. Pourtant, les États, récalcitrants au départ, pourraient y trouver un intérêt important et en permettre, plus rapidement que prévu, la réalisation. En effet, elle peut constituer pour les États le moyen opportun de rationaliser les compétences des organisations internationales au regard du respect des souverainetés nationales quelque peu négligées⁶⁰¹. Cette rationalisation se révélerait bénéfique pour tous puisqu'elle contenterait les défenseurs des droits fondamentaux en général, tout en satisfaisant les États. Encore faudrait-il vouloir clarifier les choses en supprimant le double-standard européen. Or, comme cela aurait pour effet de détériorer plusieurs relations diplomatiques et que nous ne sommes pas spécialiste en la matière, nos suppositions trouvent ici leurs limites⁶⁰².

782. Quoi qu'il en soit, motivée par l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'adhésion ne serait pas inutile. Elle présenterait au contraire un bénéfice majeur. Elle enracinerait nettement les droits fondamentaux dans les fondements de la construction communautaire et clarifierait, par ricochet, la mission correspondante de la Cour de justice. Les effets de la Charte rendue obligatoire ne s'épuiserait toutefois pas en l'adhésion. En protégeant les droits fondamentaux de l'individu, elle s'intéresse indirectement mais, particulièrement, à la situation de cet individu. Mise en œuvre, elle serait alors susceptible d'en affermir la place au sein de la construction communautaire.

Deuxième section. L'affermissement de la place de l'individu

783. L'élaboration de la Charte des droits fondamentaux n'emporte pas seulement l'affirmation ou la consolidation de droits fondamentaux. Elle implique de repenser l'individu en tant que non seulement bénéficiaire, mais aussi titulaire de droits. Dès lors, sa situation ne peut qu'évoluer puisqu'il n'est plus indirectement concerné par le droit communautaire. Le professeur ZILLER en déduit que « [l']individu passera alors

Ouzbékistan). Le 16 août 2006 a été signé un accord à l'initiative de la Russie tendant à élaborer l'Eurasec (abréviation russe d'« union économique eurasiennne »). Fin 2008 devrait ainsi être organisée une union douanière entre la Russie, le Kazakhstan et la Biélorussie. Voir « Moscou lance l'union économique eurasiennne », *La Tribune*, article mis en ligne sur Internet le 17 août 2006 à 23h30 et intégré à l'édition papier du 18 août 2006.

⁶⁰¹ À propos de la critique de la CEDH qui ne respecte pas les souverainetés nationales en se reconnaissant compétente pour contrôler le contentieux constitutionnel, voir L. FAVOREU, « Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, § 12, p. 798.

⁶⁰² Nous trouvons ici un exemple manifeste de l'impossibilité dans laquelle nous nous trouvons d'élaborer seule des scénarios dans la logique de la méthodologie de la prospective stratégique. Voir *supra*, § 736.

au premier plan du contentieux communautaire »⁶⁰³. En particulier, parce qu'il devra être mis en mesure d'exercer ses droits, « la question se posera de la réforme des voies de recours offertes par les traités »⁶⁰⁴ en cas d'attribution de force contraignante à la Charte. Comme le remarque le professeur GAÏA :

« cela suppose [au minimum] un assouplissement significatif des conditions de recevabilité des recours directs des particuliers devant la juridiction communautaire et donc, une révision des termes de l'article 230 du traité CE »⁶⁰⁵.

784. Or, c'est justement ce que propose le traité établissant une Constitution pour l'Europe. En effet, le paragraphe 4 de son article III-365 reformule la disposition correspondante de l'article 230 TCE pour la compléter substantiellement :

« 4. Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux paragraphes 1 et 2, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ».

Les termes soulignés par nous témoignent d'un changement important quant à la recevabilité des recours en annulation intentés par les particuliers. L'agriculteur que nous avons pris en exemple précédemment⁶⁰⁶ serait désormais capable d'introduire un recours en annulation contre l'équivalent d'un règlement communautaire fixant des prix agricoles de référence puisqu'il n'aurait plus besoin d'être individuellement concerné. La réforme s'inspire assurément de la situation dénoncée aussi bien par la doctrine⁶⁰⁷ que par l'ancien avocat général JACOBS dans ses conclusions *UPA*, ou par le TPICE dans son arrêt *Jégo-Quéré*⁶⁰⁸.

785. La Charte a donc bien pour effet, *via* le traité établissant une Constitution pour l'Europe, de conduire à l'élargissement de la recevabilité des recours introduits par les particuliers. Ce constat ne doit toutefois pas masquer la révolution substantielle qu'il conditionne et emporte à la fois. Si cet élargissement de la recevabilité est rendu possible (§2), c'est avant tout parce que l'individu se voit conférer une place renouvelée au sein de la construction communautaire (§1).

⁶⁰³ J. ZILLER, « La dialectique du contentieux européen : le cas des recours contre les actes normatifs », *op. cit.*, p. 463.

⁶⁰⁴ *Id.*

⁶⁰⁵ P. GAÏA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 239. Voir également Groupe de travail II de la Convention européenne « Intégration de la Charte/adhésion à la CEDH », « Rapport final », 22 octobre 2002, CONV 354/02, 17 p., pp. 15-16.

⁶⁰⁶ Voir *supra*, § 206.

⁶⁰⁷ En ce sens, voir G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 398.

⁶⁰⁸ Resp., Conclusions de l'avocat général JACOBS, 21 mars 2001, rendues sur l'arrêt du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677 ; et TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Cie SA c/ Commission*, aff. T-177/01, *Rec.*, p. II-2365. Voir *supra*, §§ 218 et s.

§1. La transformation de la situation des individus

786. Comme l'indique son intitulé, le traité établissant une Constitution pour l'Europe revêt une charge symbolique importante. L'idée n'est plus seulement de créer des solidarités de fait au sein d'une organisation internationale, mais de développer des liens si particuliers entre les États que le vocabulaire constitutionnel a été accaparé. En conséquence, le statut du particulier a évolué. L'Européen n'est plus un « individu "situé" » comme pouvait l'estimer le professeur TORRELLI en 1970 (A), même s'il n'est pas pleinement devenu « un citoyen décrit en termes abstraits »⁶⁰⁹ (B).

A. Le dépassement de l'individu « situé »

787. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe marque une étape déterminante pour la situation de l'individu. En tant que citoyens, ils ne sont dorénavant plus conçus comme les simples bénéficiaires, par l'intermédiaire de leurs États respectifs, de la construction communautaire. Au contraire, ils ont été propulsés au rang des acteurs de cette construction.

788. Certes, la transformation était déjà annoncée par certaines évolutions antérieures, comme la création de la citoyenneté communautaire à l'occasion de l'institution de l'Union européenne par le traité de Maastricht. Néanmoins, ce traité emporte un changement substantiel des plus remarquables. Son premier article, l'article I-1, énonce en effet :

« 1. Inspirée par la volonté des citoyens et des États d'Europe de bâtir leur avenir commun, la présente Constitution établit l'Union européenne ».

Non seulement, il n'est plus question uniquement des Hautes parties contractantes comme dans l'article A devenu 1^{er} TUE, dans ses différentes versions successives. Mais en outre, la volonté des citoyens précède celle des États.

789. Par surcroît, il ne faudrait pas croire que cette expression linguistique demeure isolée. Au-delà des diverses dispositions conçues directement au bénéfice des individus, comme en particulier celles intégrant la Charte des droits fondamentaux, nous remarquons que cet énoncé n'est pas le fruit d'un concours de circonstances hasardeux. Tout autrement, la lecture du préambule de ce traité annonçait déjà le changement qualitatif.

Parce que le préambule d'un traité expose le « but et [l]es motifs qui ont déterminé la conclusion du traité »⁶¹⁰, il est susceptible de dévoiler les objectifs profonds des signataires du traité. En tant que science du langage⁶¹¹, la linguistique peut alors se

⁶⁰⁹ Pour les deux citations, J.-V. LOUIS, « Commentaire sur l'ouvrage de Maurice TORRELLI, *L'individu et le droit de la Communauté économique européenne*, avec une préface de R.J. Dupuy, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, XII + 396 p. », *CDE*, 1972, pp. 358-359, p. 359.

⁶¹⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 2004, 968 p., p. 689.

⁶¹¹ Voir G. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2005, 440 p.

montrer fort utile à l'appréhension des aspirations d'un auteur. Elle permet de dépasser l'analyse purement juridique pour introduire la perception humaine, sociologique, voire psychologique, d'un phénomène⁶¹². Elle a donc le mérite de déceler l'état d'esprit des auteurs du texte.

790. Or, les mots du préambule du traité établissant une Constitution pour l'Europe s'avèrent particulièrement révélateurs. Pour la première fois, le champ lexical relatif à l'individu est plus sollicité que celui concernant le peuple⁶¹³. La « puissance constitutive » communautaire ne s'intéresse donc plus uniquement, comme c'était le cas avant 1992⁶¹⁴, et plus principalement à la population globalement considérée, comme ce fut le cas par la suite⁶¹⁵. Son intérêt dépasse l'impact de la construction communautaire

⁶¹² Pour un exemple d'étude linguistique cherchant à dégager des sentiments, en l'occurrence la conception de l'homme noir aux États-Unis d'Amérique dans la jurisprudence de la Cour suprême fédérale, voir A.G. AMSTERDAM et J. BRUNER, *Minding the law*, Cambridge, Massachusetts, Londres, Harvard University Press, 2000, 453 p. Pour une démarche similaire, s'intéressant au préambule de la Charte des Nations Unies, se référer à C. APOSTOLIDIS, « "Nous, peuples des Nations Unies..." : l'utopie dans le droit international ? » in *Utopies. Entre droit et politique. Études en hommage à Claude Courvoisier*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, coll. Sociétés, 2005, 450 p., pp. 245-257.

⁶¹³ Nous relevons d'une part : « personne » (alinéa 1^{er}), « habitants » (alinéa 2), « chacun » (alinéa 4) et « citoyens » (dernier alinéa) ; et d'autre part : « peuples d'Europe » (alinéa 3). L'on pourrait nous reprocher d'intégrer l'occurrence « habitants » dans le premier champ lexical alors que, en étant au pluriel, elle pourrait se rapporter au second champ lexical. Cependant, le signifiant « habitant » désigne communément une personne qui habite. Dès lors, nous obtenons au pluriel : des personnes qui habitent. L'accent est donc toujours mis sur l'individu, et non sur un groupe globalement considéré. En d'autres termes, si un groupe de « personnes qui habitent » peut être identifié, il ne constitue que l'addition d'individus et non la substance d'un ensemble considéré en lui-même et pour lui-même à la manière des holistes en sociologie. Sur ce dernier propos, voir *supra*, § 289.

⁶¹⁴ D'abord, Robert SCHUMAN ne se référa pas au peuple, et encore moins à l'individu. Animé par la volonté de réussir l'impact de sa *Déclaration* du 9 mai 1950, il se concentra sur le thème fédérateur de la paix, et s'attacha à éviter de palabrer. Ses mots devaient en effet caractériser à la fois la simplicité de son objectif, et la profondeur de ses espérances sans générer ni craintes, ni dénigrement pour excès d'idéalisme. Le préambule du traité CECA mentionna toutefois l'idée de peuple, même si ce fut de manière incidente, à propos de la volonté d'établir la paix, et seulement au 5^{ème} alinéa. Pour sa part, le préambule du traité CEE de 1957 donne au peuple une fonction plus importante, en cohérence avec l'approfondissement qualitatif de la construction communautaire opéré. Trois occurrences peuvent être relevées et surtout, dès le 1^{er} alinéa. Enfin, si le préambule de la Déclaration commune du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur les droits fondamentaux du 5 avril 1977 demeure silencieux sur ce thème, le préambule de l'*Acte unique européen* de 1986 se révèle particulièrement étoffé. En effet, il incarne le renouveau de la construction communautaire qui devait se réaliser en 1992. Les peuples n'y trouvent toutefois qu'une place réduite puisqu'ils ne sont mentionnés qu'une seule fois. En réalité, les rédacteurs ont tellement enrichi leur vocabulaire de nouveaux champs lexicaux (tels l'intégration, le respect du droit ou encore les droits de l'homme) que l'intérêt pour les peuples s'est numériquement et apparemment réduit.

⁶¹⁵ Parce que le traité de Maastricht crée la citoyenneté communautaire, il est normal que l'on retrouve la considération pour l'individu-citoyen dans son préambule. Si l'individu est invité à investir le champ communautaire, il n'est toutefois pas encore conçu comme un acteur direct du droit communautaire. Aussi avons-nous pu relever trois occurrences linguistiques à ce sujet, contre quatre relative au peuple ou la population. Ensuite, alors que le traité d'Amsterdam aboutit à des résultats décevants, la lecture de son préambule en témoigne. Il ne comporte rien d'autre que la volonté de modifier le traité de Maastricht. Les mots ou plus spécifiquement ici l'absence de mot traduit bien le malaise ambiant. Il n'est donc aucunement question des peuples ou des individus. À l'approche des élargissements, le reliquat d'Amsterdam devait cependant trouver une solution. Chargé de régler différentes questions techniques de manière à ce que la construction communautaire puisse institutionnellement gérer la vague importante d'adhésions prévues, le traité de Nice de 2001 est surtout fonctionnel. C'est donc logiquement que les termes du Préambule de 2001 rendent compte de ce contexte particulier. Sauf la première phrase rappelant la motivation historique

sur la population qui, dans le cadre international, ne constitue qu'un caractère de l'État⁶¹⁶. Elle se préoccupe désormais principalement de la situation des individus en tant que tels.

Certes, l'article I-1 réduit cet élan, puisqu'en visant les citoyens, il considère les individus dans leur relation juridique avec l'État dont ils tirent leur citoyenneté. Néanmoins, nous pourrions tout à la fois considérer que sont désignés les citoyens de l'Union européenne elle-même. Évidemment, du fait que la citoyenneté de l'Union ne fait que se superposer à celles des États, comme le confirme l'article I-10 du traité, la médiation étatique demeure fondamentale. Le changement qualitatif constaté n'en demeure pas moins essentiel.

791. En somme, la rédaction de ce traité revêt une importance singulière. Elle témoigne d'un processus approfondi d'union, aux allures constitutives. En particulier, ce projet révolutionne la place de l'individu. Ce dernier ne subit plus, il est conçu comme un acteur de la construction communautaire. Il est ainsi paradoxal que ce projet n'ait pas (encore) abouti du fait même de certains peuples... Peut-être la raison en est-elle le fait que l'individu n'acquiert pas le rôle principal de la construction. Il doit toujours partager l'affiche avec les États, en outre privilégiés en ce qu'ils sont également les producteurs de la citoyenneté. Malgré tout, ce processus ne pouvait politiquement pas aboutir à une fédération communautaire. L'individu devenu citoyen ne l'est donc pas encore complètement.

B. L'entrave à l'individu pleinement citoyen

792. Le citoyen communautaire n'a en réalité pas acquis la souveraineté fondatrice de l'Union. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe ne change d'ailleurs pas cela. S'il approfondit l'Union, il n'entend pas la transformer en une fédération démocratique. Le fait qu'il soit avant tout un texte de nature conventionnelle en atteste⁶¹⁷. La « puissance constitutive » communautaire demeure ainsi celle des États membres, même si plusieurs éléments témoignent d'une fédéralisation en marche. En effet, plusieurs principes sont énoncés de façon à rendre l'Union comparable à une fédération démocratique. Néanmoins, des précisions subséquentes viennent en limiter la portée d'une telle manière que les États membres conservent, en réalité, la maîtrise de ces principes.

fondamentale de la construction communautaire, l'élargissement constitue le thème unique de ce texte. Encore une fois, ni les peuples, ni les individus ne sont mentionnés.

⁶¹⁶ À propos des caractères constitutifs de l'État, se référer not. à R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, t. I, 837 p. et 1922, t. II, 638 p., réédité par Paris, Dalloz, 2004, 1525 p., t. I, not. § 2, pp. 2-7.

⁶¹⁷ À ce sujet, se référer aux propos du Conseil constit. français : déc. n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec., p. 173, GD n° 51 (13^{ème} éd.), cons. n° 9. Voir également *supra*, § 202. Pour une réflexion sur une évolution de l'Union européenne vers la fédération au sens de C. SCHMITT, voir *infra*, §§ 807 et 877.

793. D'abord, le traité fonde l'Union sur la volonté des citoyens et des États d'Europe en son article I-1. Dans la mesure où aucun attribut n'est précisé, il est tout aussi possible de penser, comme nous l'avons déjà précisé⁶¹⁸, que sont visés les citoyens des États, ou les citoyens de l'Union directement. D'ailleurs, la lecture de l'article I-3, §2, tend plutôt à nous orienter vers la seconde solution puisqu'il énonce que « [l']Union offre à ses citoyens... ». On se prête alors logiquement à rêver d'une citoyenneté communautaire nouvelle et complète, en fait jusqu'à la lecture de l'article I-10. En son paragraphe 1^{er}, cette disposition explique en effet que la citoyenneté communautaire n'est pas indépendante de celle des États membres. Au contraire, elle s'y ajoute. L'expression « des peuples » de l'Union mentionnée à l'article I-3, §1^{er}, aurait dû nous avertir.

794. Ensuite, si l'Union ne dispose pas de la compétence de la compétence qui ferait d'elle un véritable État puisque sa compétence d'attribution est posée dès l'article I-1, §1, et explicitement énoncée à l'article I-11, elle bénéficie d'une « clause de flexibilité ». L'article I-18 permet ainsi à l'Union d'élargir ses pouvoirs aux fins d'exercer une action rendue nécessaire « pour atteindre l'un des objectifs visés par la Constitution ». Cette disposition tend alors à limiter le principe de la compétence d'attribution. Certes, la flexibilité est conditionnée par l'acceptation du Conseil des ministres statuant à l'unanimité. Les souverainetés étatiques sont donc mises en mesure d'en contrôler la mise en œuvre, ce qui rapproche la flexibilité de la compétence d'attribution. Pourtant, cette procédure n'est pas contrôlée par la « puissance constitutive » communautaire telle que définie à l'article IV-443 de ce traité⁶¹⁹. En particulier, il n'y a pas de ratification « par tous les États membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ». Il existe donc une compétence d'attribution fixée par la « puissance constitutive » qui peut être adaptée sans l'intervention de cette puissance. Bien que toute flexibilité soit encadrée par le contenu du traité, la remarque nuance l'analyse des compétences de l'Union.

795. De la même manière enfin, les rédacteurs du traité se sont inspirés des logiques fédérales pour poser les compétences de l'Union en matière budgétaire et financière. En effet, l'article I-54, § 1^{er}, prévoit que « [l']Union se dote des moyens nécessaires », ce qui incite d'autant plus à croire en son indépendance budgétaire et financière que le contexte de l'affirmation est nouveau par rapport aux traités précédents⁶²⁰. En outre, le même article, en son § 3, prévoit que le système de ressources propres de l'Union est fixé par une « loi européenne du Conseil », c'est-à-dire adoptée par le Conseil avec participation du Parlement européen selon l'article I-34, § 2. Autrement dit, l'Union serait réellement indépendante dans ce domaine. Cependant, cette

⁶¹⁸ Voir *supra*, § 792.

⁶¹⁹ Les procédures de révision simplifiée des articles IV-444 et IV-445 ne sont en outre pas applicables, puisqu'elles ne peuvent être mises en œuvre qu'à propos de la partie III du traité.

⁶²⁰ Les termes de ce texte sont en effet les mêmes qu'au sein de l'article 6, § 4, TUE. Cette dernière disposition nous semble toutefois noyée au sein d'un article connu par ailleurs pour énoncer les fondements de l'Union (§1^{er}), et indiquer que l'Union respecte les droits fondamentaux (§2), ou encore l'identité nationale des États membres (§3). L'indépendance budgétaire et financière de l'Union est donc largement mise en valeur au sein du traité établissant une Constitution pour l'Europe.

loi européenne ne peut entrer en vigueur « qu'après approbation par les États membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ». Nous retrouvons donc une procédure très proche de celle organisant la révision ordinaire du traité, ce qui permet aux États de contrôler les principes tenant aux finances de l'Union. L'Union européenne est alors loin d'être indépendante sur ce plan, ce qui l'éloigne du modèle de l'État fédéral.

796. Bref, la lecture du traité confirme que l'Union européenne n'est pas un État fédéral, ni même un État. Elle se fédéralise toutefois, au moins sur le plan des principes⁶²¹. Si leur mise en œuvre relève essentiellement des souverainetés étatiques, les rédacteurs du projet ont franchi un pas de plus dans l'éloignement du modèle confédéral. En conséquence, la situation de l'individu a d'autant évolué. Sa citoyenneté communautaire, en cas d'entrée en vigueur du traité établissant une Constitution pour l'Europe, ne serait plus « une métaphore avec une certaine valeur supplémentaire » car elle deviendrait une « véritable source de droits », au contraire de ce que constatait le professeur REICH en 2001⁶²². Toutefois, elle n'aurait pas pour effet de conférer aux individus la souveraineté que l'on associe communément à la citoyenneté politique. Autrement dit, si l'individu n'est plus « situé », il demeure, de manière ultime, médiatisé par l'État dont il tient sa citoyenneté. Dès lors, son droit au recours dont nous avons vu qu'il était corrélatif à sa situation juridique au sein de la construction communautaire⁶²³ ne peut qu'être adapté. Puisque l'individu ne devient pas un citoyen au sens complet du terme, il ne peut pas acquérir un droit au recours plein. En d'autres termes, si la recevabilité des recours peut être élargie en cohérence avec l'évolution des principes soutenant le droit au recours des individus, elle ne pourra pas atteindre un niveau comparable à celui des États membres.

§2. L'élargissement de la recevabilité des recours

797. En raison des insuffisances actuelles des recours directs et des limites « des voies de droit complémentaires au recours en annulation »⁶²⁴, les personnes physiques et morales n'accèdent que difficilement à la Cour de justice. Au-delà de la critique, la situation ne peut pas durer si la Charte devient obligatoire, spécialement parce qu'elle proclame le droit au recours. Pourtant, un tel élargissement ne peut pas s'opérer

⁶²¹ En nous inspirant de l'analyse des propos du professeur SCHMITT élaborée par le professeur BEAUD, nous pourrions en fait préciser que l'Union européenne se rapproche certes de l'État fédéral, mais se rapproche encore plus de la fédération. Voir O. BEAUD, « Fédération et État fédéral » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 1649 p., pp. 711-716, spéc. pp. 714-716 : « À la recherche d'une théorie autonome de la fédération ». En ce sens, se référer à D. RITLENG, « Le principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, 2005, pp. 285-303, p. 295.

⁶²² N. REICH, « *Union Citizenship - Metaphor or Source of Rights ?* », *ELJ*, 2001, pp. 4-23, p. 23 : « *Until now, Union citizenship has remained a metaphor with some added value to it. Let us wait and see whether it can become a genuine source of rights* ».

⁶²³ Voir *supra*, not. § 202.

⁶²⁴ P. CASSIA, *L'accès des personnes physiques et morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, Dalloz, 2001, 1045 p., § 1156, pp. 892-893, p. 892.

ni sans préalable, ni sans heurt. Il emporterait au contraire des bouleversements trop importants des principes qui le sous-tendent, et des principes qui en découlent. En ce sens, il est bénéfique que la Charte n'ait pas acquis une force juridique contraignante avant ce traité, même si le traité de Nice comporte déjà toutes les solutions utiles à la juridiction communautaire pour faire face à l'augmentation possible des recours⁶²⁵. En effet, ce traité établissant une Constitution pour l'Europe s'attèle justement à poser les conditions de l'élargissement des limites posées à la recevabilité des recours intentés par les particuliers, de manière que cet effet secondaire de la Charte n'ait pas pour incidence d'ébranler l'équilibre de l'ordre juridique communautaire.

798. Notamment, vouloir faciliter l'accès au juge communautaire présuppose de déterminer la nouvelle catégorie d'actes qu'il sera susceptible d'attaquer. En ce sens, l'ancien président de la CJCE IGLESIAS attirait l'attention des membres de la Convention sur l'avenir de l'Europe sur le fait que « la question des *recours directs des particuliers contre des actes de portée générale* des institutions [...] est intimement liée à celle de la restructuration des sources du droit communautaire »⁶²⁶. D'ailleurs, le traité établissant une Constitution pour l'Europe clarifie la hiérarchie des normes communautaires, de façon à permettre la détermination des nouveaux actes attaquables par les particuliers (A). Elle ajuste en conséquence la compétence de la Cour de justice pour indiquer les limites de cette nouvelle catégorie d'actes (B).

A. La clarification nécessaire de la hiérarchie des normes communautaires

799. Alors que la théorie classique de la séparation des pouvoirs ne s'applique pas à l'ordre juridique communautaire⁶²⁷, la doctrine rend régulièrement compte de diverses difficultés quant à l'analyse des actes communautaires⁶²⁸. En effet, parce que la « nomenclature des actes décisionnels [du traité CEE puis CE est] liée à une définition explicite de leurs effets »⁶²⁹, « [l]a complexité des actes juridiques du droit

⁶²⁵ À ce sujet, se reporter à D. RUIZ-JARABO, « La réforme de la Cour de justice opérée par le traité de Nice et sa mise en œuvre future », *RTDE*, 2001, pp. 705-725 ; ou encore à O. TAMBOU, « Le système juridictionnel communautaire revu et corrigé par le traité de Nice », *RMCUE*, 2001, pp. 164-170.

⁶²⁶ G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, « Intervention orale devant le "cercle de discussion" sur la Cour de justice en date du 17 février 2003 », CONV 572/03, 7 p., p. 4.

⁶²⁷ Se référer not. à P. PESCATORE, « L'exécutif communautaire : justification du quadripartisme institué par les Traités de Paris et Rome », *CDE*, 1978, pp. 387-406, p. 388 ; ou encore à V. CONSTANTINESCO, « La question du gouvernement de l'Union européenne. », *Europe*, 2002, n° 7 pp. 3-6, p. 3.

⁶²⁸ Voir, par ex., ne serait-ce que pour leur intitulé, A.-M. TOURNEPICHE, « La clarification du statut juridique des accords interinstitutionnels – Commentaire de la déclaration du projet de Traité de Nice relative à l'article 10 CE », *RTDE*, 2002, pp. 209-222 ; P.-Y. MONJAL, « Le droit dérivé de l'Union européenne en quête d'identité – À propos de la première décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 29 mai 2000 », *RTDE*, 2001, pp. 335-369. En ce qui concerne la critique du Conseil d'État français de « la prolifération des actes hors nomenclature », voir S. LECLERC, « Les communications de la Commission et le marché intérieur. À propos de l'arrêt rendu par la CJCE le 20 mars 1997 dans l'affaire C-57/95 », *CDE*, 1998, pp. 161-175, p. 163.

communautaire secondaire se manifeste notamment lorsqu'il s'agit d'établir une hiérarchie entre divers règlements ou une hiérarchie entre les divers types d'actes du droit communautaire secondaire »⁶³⁰. En particulier, un règlement communautaire peut en réalité correspondre aussi bien à un acte de nature réglementaire, qu'à un acte législatif. La CEDH n'a d'ailleurs pas hésité à parler de « corps législatif » communautaire⁶³¹. Mais l'emploi du mot « loi » aurait « mis en danger la ratification des traités par les parlements nationaux »⁶³² en 1957. En outre, en raison de la technicité de la production normative communautaire, des auteurs estiment qu'elle s'éloigne de la nature législative telle qu'elle existe dans les droits nationaux⁶³³. L'ambivalence persiste toutefois.

800. Dès lors, l'article I-33 du traité entend compléter la hiérarchie des normes communautaires, de manière à la débrouiller. Pour simplifier, les catégories existantes sont prévues d'être subdivisées pour y distinguer les actes correspondant, en droit national, aux actes de nature législative d'une part, et de nature réglementaire d'autre part. Le traité élabore ainsi deux catégories d'actes. En premier lieu, les actes législatifs de l'article I-34 sont les lois et les lois-cadres. Comme le fait remarquer la doctrine, on y reconnaît respectivement les règlements et les directives de base actuels⁶³⁴. En second lieu, les actes non législatifs de l'article I-35 comprennent les règlements, les décisions et les recommandations. Si les deux derniers trouvent une correspondance avec les actes existants sous l'empire du traité CE, le premier semble plus complexe. En effet, le règlement du traité inclut non seulement ce qui correspond aux règlements d'exécution actuels, mais encore les actes obéissant à la logique de la directive actuelle. Si certains y décèlent « une source potentielle d'ambiguïté »⁶³⁵, nous y voyons simplement une catégorie d'actes d'exécution ayant les effets aussi bien du règlement, que de la directive actuels. Ainsi la hiérarchie des normes communautaires n'est-elle plus fondée sur les effets des actes, mais sur leur objet. En d'autres termes, les actes communautaires ne sont plus distingués selon qu'ils obéissent à une logique dynamique ou statique en vertu de l'approche du professeur Kelsen⁶³⁶, suivant qu'ils laissent une liberté de décision à l'autorité inférieure ou pas ; en revanche, ils sont caractérisés par les matières pour

⁶²⁹ P. PESCATORE, « Le traité CECA, origine et modèle de l'unification européenne » in Commission européenne, *CECA 1952-2002*, Luxembourg, Office des publications officielles de la CE, 2002, pp. 181-188, p. 185.

⁶³⁰ L. CONSTANTINESCO, « La spécificité du droit communautaire. », *RTDE*, 1966, pp. 1-30, p. 12.

⁶³¹ À ce sujet, voir G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, « À propos de l'arrêt *Matthews c/ Royaume-Uni* (18 février 1999) », *RTDE*, 1999, pp. 637-657, p. 637.

⁶³² M. LAGRANGE, « Le pouvoir de décision dans les Communautés Européennes : théorie et réalité. », *RTDE*, 1967, pp. 1-29, pp. 20-21. Voir également P. PESCATORE, « Les travaux du "groupe juridique" dans la négociation des traités de Rome », *Studia Diplomatica*, Bruxelles, Institut Royal des Relations Internationales, 1981, pp. 159-178, p. 171.

⁶³³ P. CANDUSSEAU, « L'introuvable pouvoir législatif », *RMC*, 1974, pp. 371-372.

⁶³⁴ Voir par ex. G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, op. cit., p. 213. En ce sens, se référer également à CONVENTION EUROPEENNE, Praesidium, « Projet d'articles 24 à 33 du Traité constitutionnel », 26 février 2003, CONV 571/03, 18 p., p. 10.

⁶³⁵ *Id.*

⁶³⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2^{ème} édition de la *Reine Rechtslehre* par C. EISENMANN, Dalloz, Paris, 1962, 496 p., p. 96.

lesquelles ils ont été prévus, et par une procédure d'adoption différenciée. Nous retrouvons ainsi une approche normative comparable à ce que nous connaissons en droit national.

801. Dans la mesure où l'un des principaux obstacles à l'élargissement de la recevabilité des recours introduits par les particuliers est le refus de permettre à ces derniers d'attaquer un acte comparable à une loi⁶³⁷, la séparation des actes législatifs et des actes non législatifs ouvre la possibilité d'élargir la recevabilité en question pour la seconde catégorie d'actes. C'est ainsi que le traité prévoit d'adapter les compétences de la Cour de justice, en fonction du régime contentieux attendu pour chaque catégorie d'actes.

B. L'ajustement de la compétence de la Cour de justice

802. Globalement, nous remarquons que la compétence de la Cour de justice demeure limitée pour les questions éminemment politiques, même si d'importants progrès sont réalisés en la matière. Notamment, le traité établissant une Constitution pour l'Europe propose qu'elle puisse être saisie à propos de la procédure de sanction politique pour violation des principes fondateurs de l'Union de l'article I-59, largement inspirée de l'article 7 TUE, mais uniquement par l'État membre mis en cause par cette procédure. Nous retrouvons donc l'esprit subjectif qui a conduit l'élaboration des grandes lignes du contentieux communautaire : un acte est attaquant par les personnes sur qui il exerce spécialement ses effets⁶³⁸.

803. La clarification de la hiérarchie des normes emporte toutefois des changements sur le régime contentieux des actes communautaires. Si la différence entre les requérants institutionnels (les États membres et les institutions principales) et les personnes physiques ou morales est maintenue, elle est adaptée à la nouvelle typologie des actes communautaires. D'un côté, les requérants institutionnels peuvent attaquer tous les actes. De l'autre, les particuliers ne peuvent pas contester les actes législatifs, sauf à être directement et individuellement concernés. La logique subjective perdure donc. Cependant, ils peuvent désormais attaquer les actes réglementaires sans mesure d'exécution, qui les concernent directement. En d'autres termes, la division de la catégorie actuelle du règlement communautaire en des lois et des règlements, permet d'élargir la recevabilité des recours intentés par les particuliers à l'encontre des seconds mais non des premiers, tout en respectant la compétence des juges nationaux lorsque l'acte réglementaire comporte des actes d'exécution⁶³⁹.

⁶³⁷ Voir par ex. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, 2003, 1136 p., §§ 706 et s., pp. 569 et s., spéc., § 721, pp. 577-579. Voir également à ce sujet J. MISCHO, « Un rôle nouveau pour la Cour de justice ? », *op. cit.*, p. 683.

⁶³⁸ *Ibid.*

⁶³⁹ Sur ce point, voir F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, *op. cit.*, § 1256, pp. 1048-1049. Voir également G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, « Intervention orale devant le "cercle de discussion" sur la Cour de justice en date du 17 février 2003 », CONV 572/03, 7 p., p. 5.

804. Ainsi les individus ne peuvent-ils toujours pas, par principe, attaquer des actes de nature législative. La restriction n'est de toute façon pas illogique⁶⁴⁰. En effet, dans la mesure où la plupart des États membres relèvent du modèle européen de justice constitutionnelle⁶⁴¹, il y est impossible pour les individus de contester une loi devant le juge ordinaire. Certes, selon les États, il existe un recours spécifique essentiellement fondé sur la violation de leurs droits fondamentaux, mais l'individu ne peut l'introduire que devant une cour constitutionnelle. En définitive, le seul moyen pour ces citoyens de contester une loi consiste en une requête adressée à un juge spécial de la constitutionnalité. Or, il n'en existe pas en droit communautaire. Il serait en outre étonnant que les États membres confèrent à la Cour de justice une telle compétence, puisque cela aurait pour effet d'introduire le modèle américain de justice constitutionnelle, notamment caractérisé par le modèle de la cour suprême compétente en matière aussi bien ordinaire que constitutionnelle. Pourtant, la « puissance constitutive » communautaire attribue bien à la Cour de justice une compétence pour contrôler les nouvelles « loi » et « loi-cadre » « européennes », comme l'énonce l'article III-365, § 1, du traité. L'ajustement de la compétence de la Cour de justice apparaît dès lors curieux.

805. En réalité, cet ajustement obéit à au moins deux logiques dont les effets peuvent se révéler contradictoires, d'où l'ambiguïté apparente.

D'une part, les États n'auraient certainement jamais accepté de transférer autant de souveraineté à une organisation internationale, s'ils n'avaient pas pu être certains qu'une juridiction veillerait au respect des compétences de chacun indépendamment de toute pression diplomatique⁶⁴². Ils devaient également être sûrs que les institutions, auxquelles ils avaient conféré des compétences importantes, ne les outrepasseraient pas. Ils se réservent donc la possibilité d'en contrôler tous les actes, y compris les actes comparables à des lois en droit interne. De toute façon, dans leurs ordres constitutionnels, les autorités publiques sont habilitées à saisir la juridiction constitutionnelle, lorsqu'elle existe. La difficulté provient toutefois du fait qu'il confère cette compétence, équivalente au contrôle de constitutionnalité, à la même juridiction qui est chargée du contentieux communautaire ordinaire. Ils contribuent par là à engendrer une cour suprême relevant normalement du modèle américain de justice constitutionnelle.

Mais d'autre part, les États membres n'ont pas voulu faire de la Cour de justice une cour suprême à compétence « constitutive » vis-à-vis des particuliers. En effet, ces derniers devront toujours prouver que les lois ou les lois-cadres les « concernent directement et individuellement » pour être recevables. Or, le cas échéant, cela signifie que l'acte en question ne revêt que l'apparence de la loi ou de la loi-cadre mais que, en vérité, il n'en est pas une. Certes, il peut s'agir d'un acte hybride, en ce qu'il est à la fois

⁶⁴⁰ À ce sujet, voir par ex. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, op. cit., § 1254, pp. 1047-1048, p. 1048.

⁶⁴¹ À ce propos, se référer spéc. à L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, n° 2293, 3^{ème} éd., 1996, 127 p.

⁶⁴² Sur ce point, voir *supra*, § 368.

général et porteur d'effets individuels⁶⁴³. Néanmoins, le particulier ne sera recevable qu'en considération des effets individuels identifiés. L'accès au juge communautaire dans sa fonction « constitutive » demeure ainsi fermé aux particuliers, comme peut l'être l'accès à un juge spécial de la constitutionnalité dans un État. En ce sens, le système contentieux communautaire trouve une filiation avec le système du contrôle de la constitutionnalité des lois français. Autrement dit, il se rapproche également du modèle européen de justice constitutionnelle, pourtant classiquement opposé au modèle américain susvisé.

806. Le système contentieux communautaire trouve ainsi des affinités avec les deux modèles de justice constitutionnelle même si, finalement, nous devons admettre qu'il relève plutôt du modèle européen. En effet, les deux modèles ne sont pas si différents. Leurs caractéristiques propres se révèlent avoir des effets comparables⁶⁴⁴, au point que le critère distinctif ultime résulte du caractère concentré ou diffus du contrôle de constitutionnalité. Or, dans la mesure où seule la Cour de justice, et non les juridictions communautaires ordinaires que constituent les juridictions nationales, reste compétente pour apprécier la validité et l'interprétation des actes communautaires, dont les actes législatifs, le contrôle reste concentré. Nous remarquons toutefois que, selon l'article III-358, § 3, la compétence préjudicielle pourrait être attribuée au Tribunal dans certains domaines. Il y aurait alors diffusion du contrôle au sein des juridictions de la Cour de justice, mais concentration du contrôle par rapport aux juridictions nationales, ce qui ne tend pas à simplifier les choses.

807. La distinction des sphères de *communautarité* endogène et surjective⁶⁴⁵ peut nous aider à expliquer cette dualité. Au sein de la sphère de *communautarité* surjective, le système contentieux communautaire obéit à la logique connue par la plupart des systèmes contentieux nationaux : la concentration du contrôle des actes législatifs. Néanmoins, au sein de la sphère de *communautarité* endogène, le système contentieux est contraint par des logiques différentes : il s'agit avant tout de préserver l'intégrité à la fois de l'ordre juridique communautaire et des souverainetés nationales. Il serait compliqué de créer une juridiction supplémentaire, alors que les États membres ont besoin d'un interlocuteur unique pour articuler les ordres communautaire et nationaux. La situation est en effet d'autant plus subtile, qu'elle est enrichie par le changement qualitatif qu'emporte le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Dans la logique du professeur SCHMITT expliquée par le professeur BEAUD, le fait de parler de traité constitutionnel rapproche de la qualification de « pacte constitutionnel appelé pacte fédératif (*Bundesvertrag*) », fondant une Fédération⁶⁴⁶, c'est-à-dire une « institution de

⁶⁴³ Voir à ce sujet P. CASSIA, *L'accès des personnes physiques et morales au juge de la légalité des actes communautaires*, op. cit., §§ 462-467, pp. 375-380.

⁶⁴⁴ L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, op. cit., § 295, pp. 225-226.

⁶⁴⁵ Voir *supra*, §§ 118 et s.

⁶⁴⁶ Pour une opinion estimant que la novation en fédération n'est pas constatable, voir J.-P. FELDMAN, « Un traité peut-il établir une Constitution ? Sur et au-delà de la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel », *Politeia*, 2005, n° 8, pp. 165-171, spéc. p. 166. Nous remarquons

droit public [...] de nature mixte [car] elle est à la fois un sujet de droit international et un sujet de droit interne », et permettant une gestion originale du problème de la souveraineté⁶⁴⁷. Comme « le pouvoir oscille, suivant les cas, entre la Fédération et les États membres », le professeur SCHMITT parle de « l'homogénéité fédérative » des États membres. Comme le précise le professeur BEAUD, cela implique que :

« la possibilité d'un conflit existentiel ne doit jamais être actualisée car si le conflit de souveraineté survenait entre la Fédération et les États membres, la Fédération éclaterait. Une unité politique l'emporterait sur l'autre, et il n'y aurait plus de dualisme politique qui est l'essence de la Fédération »⁶⁴⁸.

Aussi les conflits doivent-ils être évités. Pour ce faire, la meilleure manière consiste encore en la réduction des interlocuteurs impliqués dans leur prévention, ou au moins des interlocuteurs ultimes. L'idée d'un juge suprême compétent pour tout type de question, ordinaire ou « constitutive », nous semble donc résulter de ce contexte particulier, non fédéral mais de plus en plus fédératif.

808. En somme, la question de l'élargissement de la recevabilité des recours intentés par les particuliers n'est pas simple. Cet élargissement est au contraire conditionné par une clarification préalable de la hiérarchie des normes. Il s'agit de permettre l'identification des actes nouvellement contestables par les particuliers. Il devient alors nécessaire d'adapter la compétence de la Cour de justice en conséquence. Au regard de la transformation de l'acte constitutif communautaire qu'il emporte, le traité établissant une Constitution pour l'Europe complexifie apparemment la situation du juge. Néanmoins, il officialise finalement une relativité des rapports juridiques qui a toujours quelque peu existé⁶⁴⁹, mais en amplifie l'impact. L'individu n'y échappe pas. Alors qu'il acquiert une citoyenneté communautaire de plus en plus complète, il obtient le droit d'attaquer un nombre d'actes plus importants. Il ne peut toutefois pas contester tous les actes communautaires. En particulier, il n'est par principe pas recevable vis-à-vis des actes de nature législative.

809. Si, dès lors, la légitimité du juge fut proportionnellement adaptée⁶⁵⁰, les solutions déjà apportées par le traité de Nice pour permettre au juge de gérer l'augmentation numérique des recours ont semblé suffisantes. Il est vrai que l'élargissement de la recevabilité proposée n'est pas susceptible de bouleverser l'équilibre des recours.

toutefois que le professeur FELDMAN n'exclut pas que le « traité p[uisse] effectivement établir une constitution » et engendrer un pacte fédératif au sens du professeur BEAUD (voir p. 171).

⁶⁴⁷ Voir en particulier O. BEAUD, « Fédération et État fédéral » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 711-716, spéc. pp. 714-716 : « À la recherche d'une théorie autonome de la fédération ». Se référer également à C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1993, 576 p., pp. 509-540.

⁶⁴⁸ O. BEAUD, « Fédération et État fédéral » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 711-716, p. 716.

⁶⁴⁹ À propos de la nécessité d'accepter la relativité de la hiérarchie des normes, voir *supra*, §§ 168 et s.

⁶⁵⁰ Voir *supra*, § 410.

Certes, un tel élargissement devrait engendrer une augmentation de l'activité de la Cour de justice. Non seulement les particuliers devraient profiter de cette nouvelle opportunité et saisir plus souvent la Cour, mais encore les juges seraient amenés à passer plus de temps sur les affaires des particuliers qui ne seraient plus irrecevables. Or, la Cour de justice est déjà surchargée de travail comme le montre chaque année son rapport annuel d'activité⁶⁵¹. Toute augmentation d'activité est donc susceptible d'aggraver la situation en alourdissant un « contentieux déjà massif »⁶⁵².

Néanmoins, les actes communautaires ne nécessitant pas d'acte d'application, en outre réduits à la catégorie des actes réglementaires, ne sont pas les plus nombreux. C'est certainement pour cela que le protocole annexé au traité établissant une Constitution pour l'Europe, et fixant le statut de la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas (encore) tiré les conséquences de l'article III-358, § 3, reprenant l'article 225, § 3, TCE. Il est prévu que le Tribunal peut être compétent en matière préjudicielle pour des domaines spécifiques, mais le statut qui est censé déterminer ces domaines ne le prévoit pas⁶⁵³. En fait, nous pensons que les rédacteurs du traité avaient conscience que l'effet de l'élargissement serait numériquement minimal⁶⁵⁴, malgré son importance substantielle.

810. Conclusion du chapitre premier. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe témoigne de la volonté de révolutionner la protection juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires. En réalité, ces révolutions ont été rendues nécessaires par l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, il s'agit d'enraciner de tels droits dans les fondements de l'Union, et de transformer le statut du citoyen communautaire de manière à ce qu'il puisse, par l'exercice d'un droit au recours approfondi, défendre ses nouveaux droits. Pour ce faire, l'adhésion de l'Union à la CESDH constitue d'une part le meilleur moyen de prouver la soumission de la construction communautaire au respect des droits fondamentaux. Non seulement les obstacles diplomatiques ont perdu en vigueur à mesure de l'élargissement de l'Union, mais encore les réflexions initiées par le débat sur la Charte ont permis de comprendre, ou de faire comprendre, que les solutions alternatives envisagées n'étaient pas opportunes. D'autre part, l'individu acquiert une situation renouvelée au sein de l'architecture communautaire. Notamment sa citoyenneté se densifie. Son droit au recours peut dès lors être approfondi, et les conditions opposées à

⁶⁵¹ En général, la lecture des rapports d'activité de la Cour de justice révèle que le nombre d'affaires introduites est supérieur au nombre d'affaires réglées dans l'année. De ce fait, les affaires pendantes augmentent et approchent, voire dépassent, le double du nombre d'affaires que les juges traitent en une année. Autrement dit, afin d'épuiser le retard accumulé, les juges auraient besoin de deux années sans qu'aucune autre affaire ne soit introduite.

⁶⁵² G. COHEN-JONATHAN, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 9.

⁶⁵³ Voir *infra*, § 833.

⁶⁵⁴ En outre, il est peu probable que l'effet de substitution, évoqué par certains, conduise à un allègement du nombre de recours préjudiciels. En effet, s'il existe, cet effet risque d'être très réduit, dans la mesure où l'élargissement concerne des actes réglementaires sans acte d'application. Les juges nationaux ne sont dès lors pas compétents, et les procédures éventuelles n'aboutissent pas à des questions préjudicielles. Se référer aux propos du professeur PERNICE rapporté par F. LOUIS, « Synthèse des débats - Actes de la Journée d'études organisée par les Cahiers de droit européen : L'accès à la Justice dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 672.

la recevabilité des recours en annulation élargies. Il était toutefois nécessaire de clarifier préalablement la hiérarchie des actes communautaires pour adapter les nouvelles limites de la recevabilité. Le traité s'y attèle. Il est donc prévu que le particulier pourrait contester un acte réglementaire général pour lequel aucun acte d'application n'a été adopté, mais qui le concerne directement. La révolution est patente bien qu'elle demeure latente.

811. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'est en effet pas en vigueur et, surtout, risque de ne pas l'être. En tout cas, il est certain que son application sera grandement retardée par rapport au calendrier prévisionnel original⁶⁵⁵. Il ne s'agit pour autant pas de s'ankyloser ou de perdre tout espoir d'améliorer la protection des droits fondamentaux communautaires. Si les révolutions présentées sont souhaitables, des évolutions demeurent possibles, au moins dans l'attente de la ratification du traité.

⁶⁵⁵ Voir les commentaires sur la ratification de la Constitution européenne, diffusés sur Internet : <http://europa.eu/constitution/referendum_fr.htm>.

CHAPITRE SECOND

LES ÉVOLUTIONS CONCEVABLES

812. Alors que le traité établissant une Constitution pour l'Europe prendra plus de temps que prévu pour entrer en vigueur – s'il est toutefois ratifié –, deux attitudes peuvent être adoptées : soit l'attente fataliste, soit l'attente active. Pour notre part, nous pensons que l'Europe des petits pas peut encore progresser par les petits pas. En effet, nous estimons que certaines évolutions du système existant sont susceptibles d'améliorer la protection des droits fondamentaux communautaires en particulier et, le cas échéant, d'accompagner les révolutions envisagées par le traité.

813. Il ne s'agit cependant pas de se bercer d'illusions. L'absence d'intervention de la « puissance constitutive » communautaire ne permettra pas de toucher aux points sensibles que sont, par exemple, la recevabilité limitée des recours en annulation introduits par les particuliers – même si certains auteurs ont pu identifier des pistes pour améliorer les choses⁶⁵⁶ –, ou encore la situation des droits fondamentaux encore extérieurs aux fondements de la construction communautaire. Et la Cour de justice n'a pas la légitimité pour les modifier.

814. Toutefois, le renouvellement de structure n'est qu'une des modalités du changement. Comme l'enseigne effectivement les ressources humaines appliquées au contrôle de gestion, tout changement doit s'accompagner d'une évolution des mentalités et des modes d'organisation pour s'inscrire dans la réalité⁶⁵⁷. Les individus doivent ainsi intégrer le changement pour adapter leur comportement et rendre, par là, ce changement effectif. Dans le même temps, la théorie des systèmes⁶⁵⁸ pose que « le souci de stabilité ne doit pas interdire le changement progressif »⁶⁵⁹. Or, ce changement progressif est rendu possible par l'action des acteurs du système. Puisque la révolution n'est pas ici visée, cette action doit être contrôlée pour maintenir l'existence et la cohérence du système évoluant. Il s'agit alors, pour le contrôleur de gestion dans l'entreprise ou le juriste dans l'ordre juridique, de détecter les effets de l'action exercée, afin d'établir les

⁶⁵⁶ Frédérique BERROD pense en effet que le juge communautaire tend à conférer une « nouvelle fonction pour le critère de la portée de l'acte » (§ 1226). Elle suppose qu'il « veut peut-être réserver aux actes normatifs une vulnérabilité moins grande qu'aux actes de portée individuelle » (§ 1226). En outre, elle identifie les indices d'une « rationalisation des facteurs individualisateurs » (§§ 1230-1238) ouvrant la voie à une « lecture simplifiée des conditions de recevabilité » (§ 1238) des recours en annulation introduits par les particuliers. Se référer à F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, op. cit., §§ 1226-1238, pp. 1022-1033.

⁶⁵⁷ G. DUMAS et D. LARUE, *Contrôle de gestion*, Paris, Litec, coll. Objectif expertise comptable, 2^{ème} éd., 2005, 628 p., § 317, p. 79.

⁶⁵⁸ Cette théorie a pour objet non seulement « d'étudier les parties d'un ensemble ou un phénomène pris isolément », mais surtout d'analyser « les interactions avec leur environnement », et de considérer « chaque partie comme un système dont les variations entraînent une modification de l'ensemble, lui-même sous-système d'un système global ». *Ibid.*, § 552, p. 131.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, § 563, p. 134.

corrections prescrites pour la continuation du système. En somme, l'évolution peut être initiée par un comportement des acteurs du système, tout comme elle a besoin que ce comportement la conforte pour aboutir⁶⁶⁰.

815. Le droit communautaire n'y échappe pas. L'amélioration de la protection des droits fondamentaux communautaires ne peut ainsi que résulter d'une évolution des structures accompagnées d'un changement des mentalités, ou d'un changement des mentalités ouvrant la porte à certaines évolutions des structures. Ainsi, les acteurs du contentieux communautaire dont nous avons déjà souligné qu'ils devraient modifier leur comportement pour invoquer plus souvent la question des droits fondamentaux⁶⁶¹, pourraient profiter des récentes évolutions du contentieux communautaire posées par le traité de Nice pour optimiser la garantie des droits fondamentaux communautaires. En effet, le système contentieux communautaire a connu de tels changements au sein du traité de Nice⁶⁶², que la question de la Cour de justice n'a pas constitué un point central des débats organisés au sein de la Convention sur l'avenir de l'Europe⁶⁶³. Le traité de Nice emporte donc des éléments essentiels puisqu'ils sont susceptibles de soutenir également les révolutions envisagées par le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Ces éléments sont dès lors susceptibles d'ouvrir la voie à l'amélioration du système juridictionnel communautaire, et de la protection des droits fondamentaux en particulier (première section). Ils ne seront toutefois efficaces qu'à condition que les mentalités des acteurs du contentieux communautaire évoluent en conséquence (seconde section).

⁶⁶⁰ Nous retrouvons d'ailleurs ici la logique de la révolution juridique qui peut initier une révolution du système si elle est suivie politiquement. Voir *supra*, § 97.

⁶⁶¹ Voir *supra*, §§ 541-542, § 536 et § 564.

⁶⁶² À ce sujet, se reporter à D. RUIZ-JARABO, « La réforme de la Cour de justice opérée par le traité de Nice et sa mise en œuvre future », *op. cit.* ; ou encore à O. TAMBOU, « Le système juridictionnel communautaire revu et corrigé par le traité de Nice », *RMCUE*, 2001, pp. 164-170.

⁶⁶³ Le traité établissant une Constitution pour l'Europe se concentre en effet sur les autres institutions, comme le président de l'Union, ou encore le ministre des affaires étrangères de l'Union. C'est pourquoi le résumé du traité que la Commission diffuse à l'intention des citoyens sur Internet, ne comprend aucune mention de la Cour de justice. Voir COMMISSION EUROPEENNE, *Résumé du Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 28 juin 2004, 5 p., disponible sur Internet : <http://europa.eu/constitution/download/oth250604_2_fr.pdf>. Les discussions tenues au sein de la Convention sur l'avenir de l'Europe furent tout de même l'occasion d'aborder la situation de la Cour de justice, ne serait-ce que pour adapter son appellation aux nouvelles circonstances. Quelques documents sont ainsi disponibles, tels que le rapport du Comité restreint sur l'Union européenne de la Chambre des Lords abordant la question des institutions, ou encore l'intervention orale du président de la CJCE de l'époque. S'il avait été question de modifier substantiellement le système contentieux, les débats auraient été plus denses. Voir resp. Comité restreint sur l'Union européenne de la Chambre des Lords, « L'avenir de l'Europe : traité constitutionnel – projet d'articles sur les institutions », 15 mai 2003, CONV 740/03, 17 p., spéc. pp. 13-14 ; et G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, « Intervention orale devant le "cercle de discussion" sur la Cour de justice en date du 17 février 2003 », *op. cit.*

Première section. L'amélioration du système juridictionnel communautaire

816. Comme le souligne le juge à la CJCE LENAERTS, le « traité de Nice entreprend [...] une réorganisation fondamentale de l'architecture juridictionnelle de l'Union »⁶⁶⁴. En effet, de nombreux outils ont été modifiés, d'autres ont été adoptés. En réalité, il s'agissait de fournir à la Cour de justice les moyens de faire face à l'afflux continu de recours qui ne devait pas manquer de se renforcer après l'élargissement à dix nouveaux États membres. En prévenant l'encombrement de la Cour de justice, le traité de Nice participe dès lors à renforcer ou, au moins, à préserver l'exercice du droit au recours en droit communautaire, préalable nécessaire pour défendre ses droits fondamentaux.

817. La réorganisation interne de la Cour de justice ne peut cependant pas être suffisante pour améliorer la protection des droits fondamentaux communautaires. En effet, la justice communautaire est duale. Tout comme l'ordre juridique admet deux niveaux de *communautarité* (endogène et surjective), la justice communautaire comprend non seulement la Cour de justice, mais également les juges nationaux. Toute amélioration du système juridictionnel communautaire est alors conditionnée par les évolutions des systèmes nationaux⁶⁶⁵. Le traité de Nice ne pouvait néanmoins pas avoir un tel objet puisque la question relève des souverainetés nationales. Il n'en reste pas moins que des progrès pourraient être réalisés au niveau de la protection des droits fondamentaux communautaires par les juges nationaux.

818. En tout cas, l'action constructrice de la Cour de justice peut être prolongée. Elle a déjà été renforcée par la réorganisation interne de la Cour de justice, finalement au bénéfice du droit au recours (§1). Elle peut toutefois être encore confortée par l'optimisation de la coopération de juge à juge au bénéfice des droits fondamentaux (§2).

§1. L'organisation interne de la Cour de justice au bénéfice du droit au recours

819. L'étude du droit au recours ne doit pas négliger l'aspect pratique de son exercice. En effet, si le droit au juge est élargi mais si la juridiction est surchargée, l'individu ne peut plus faire entendre sa cause dans un délai raisonnable, pourtant

⁶⁶⁴ K. LENAERTS, « La réorganisation de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne : quel angle d'approche adopter ? » in M. DONY et E. BRIBOSIA (édité par), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, Institut d'études européennes, 2002, 289 p., pp. 49-64, p. 49. Sur ce point, voir également O. TAMBOU, « Le système juridictionnel communautaire revu et corrigé par le traité de Nice », *op. cit.*, p. 164.

⁶⁶⁵ À propos de la nécessité de ne pas oublier « la problématique du droit procédural national », se référer à D. WAELBROECK, « Vers une harmonisation minimale des règles procédurales nationales ? » in M. DONY et E. BRIBOSIA (édité par), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 65-70, p. 70.

constitutif du droit au recours juridictionnel effectif⁶⁶⁶. Comme le souligne le juge à la CIJ GUILLAUME, « [l]e plaideur profondément déçu est alors amené à se demander si l'accès à la justice qui lui a été libéralement reconnu n'est pas devenu *inutile* et *illusoire* »⁶⁶⁷. Puisque la sanction de l'abus du droit au juge demeure difficile à mettre en œuvre⁶⁶⁸, « [l]e problème doit à l'évidence être traité en apportant les améliorations nécessaires à l'organisation et au fonctionnement de la justice »⁶⁶⁹. La considération pour l'organisation interne de la Cour de justice, ainsi que pour la procédure contentieuse, répond donc bien à la volonté de rendre le droit au recours effectif.

820. De manière à adapter la procédure contentieuse aux évolutions de la construction communautaire (approfondissement et élargissement), de nombreuses réformes ont déjà été adoptées. Entre autres, le TPICE a été créé⁶⁷⁰. Ensuite, pour accélérer le travail de cette juridiction vite débordée par un élargissement continu de ses compétences⁶⁷¹, a été instaurée la procédure du juge unique⁶⁷², ou encore a été ajouté un troisième référendaire à chaque cabinet des juges du Tribunal en 2001. Ainsi les juges du TPICE disposent-ils désormais d'un cabinet aussi important que les juges de la CJCE⁶⁷³.

⁶⁶⁶ À ce sujet, voir par ex. P. LÉGER, « Le droit à un recours juridictionnel effectif » in F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 531 p., pp. 199-212, p. 211.

⁶⁶⁷ G. GUILLAUME, « Conclusions générales » in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, 230 p., pp. 217-224, p. 223. Voir également E. PIWNICKA, « Le droit au juge devant les juridictions judiciaires » in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, *ibid.*, pp. 173-180, spéc. p. 173.

⁶⁶⁸ G. GUILLAUME, « Conclusions générales » in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 223. À ce sujet, se référer également à G. COHEN-JONATHAN, « Abus de droit et libertés fondamentales » in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 517-543.

⁶⁶⁹ G. GUILLAUME, « Conclusions générales » in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 224.

⁶⁷⁰ Décision du Conseil du 24 octobre 1988 instituant un Tribunal de première instance des Communautés européennes, JOCE, L 319, 25 novembre 1988, pp. 1-8.

⁶⁷¹ Pour une synthèse, voir par ex. G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 376-377.

⁶⁷² Décision du Conseil du 26 avril 1999 modifiant la décision 88/591/CECA, CEE, Euratom, instituant le Tribunal de première instance des Communautés européennes, visant à permettre au Tribunal de statuer en formation de juge unique, JOCE, L 114, 1^{er} mai 1999, pp. 52-53. Sur ce point, voir en particulier R. MUÑOZ, « Le système de juge unique pour le règlement d'un problème multiple : l'encombrement de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance », *RMCUE*, 2001, pp. 60-66.

⁶⁷³ Par ex., voir implicitement H. LEGAL, « Le juge et les instruments de l'analyse économique », diffusion sur le site Internet de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes française : <http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/02_actualite/ateliers_concu/analyse_eco4.htm>. Pour une contestation de la critique du rôle des référendaires, voir Philippe LÉGER in « Audition de M. Philippe Léger, avocat général, et de M. Jean-Pierre Puissochet, juge à la Cour de Justice des Communautés européennes par la délégation pour l'Union européenne du Sénat », réunion du 22 février 2006, document diffusé sur Internet : <http://www.senat.fr/europe/r_22022006_1.html>.

Néanmoins, ces réformes se sont révélées « importantes mais encore insuffisantes, en raison de l'encombrement du rôle de la Cour »⁶⁷⁴.

821. Alors que l'élargissement à dix nouveaux États membres laissait présager un alourdissement important du rôle déjà surchargé de la Cour de justice, le traité de Nice s'est attelé à réorganiser le système juridictionnel communautaire. Certains estiment que l'œuvre est « inachevée »⁶⁷⁵ en ce qu'elle renvoie la plupart des réformes à une réalisation par le statut. Nous pensons en revanche que ce choix procède de la volonté de permettre l'adaptabilité du contentieux communautaire aux besoins évolutifs du système⁶⁷⁶. En fait, cela nous semble tout à fait positif dans la mesure où la juridiction communautaire est affranchie de la difficulté de convaincre une « puissance constitutive » pas toujours disponible, au contraire du Conseil qui, en tant qu'institution communautaire, a tout intérêt à préserver le fonctionnement des autres institutions dont il est interdépendant au sein de la sphère du système communautaire, au sens du philosophe SLOTERDIJK⁶⁷⁷.

822. La réforme du traité de Nice emporte en somme une charge symbolique importante. Elle n'en est pas moins substantielle. Deux éléments sont particulièrement déterminants sous l'angle de la promotion de l'effectivité du droit au recours⁶⁷⁸. Le traité reconfigure l'architecture de la Cour de justice en permettant la création de chambres juridictionnelles spécialisées, chargées d'alléger le travail des juridictions existantes (A). Dès lors, les compétences de ces dernières sont revues en conséquence (B).

A. L'intérêt de nouvelles chambres spécialisées

823. L'article 225 A TCE issu du traité de Nice prévoit que « des chambres juridictionnelles chargées de connaître en première instance de certaines catégories de recours formés dans des matières spécifiques » peuvent être créées. En ce sens, le Conseil a décidé d'instituer en 2004 le Tribunal de la fonction publique de l'Union

⁶⁷⁴ J. TOUSCOZ, « Un large débat - L'avenir de l'Europe après la conférence intergouvernementale de Nice (CIG-2000) », *RMCUE*, 2001, pp. 225-236, p. 231.

⁶⁷⁵ R. KOVAR, « La réorganisation de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne » in M. DONY et E. BRIBOSIA (édité par), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, op. cit., pp. 33-48, p. 35.

⁶⁷⁶ Pour une approche similaire, voir F.G. JACOBS, « *References to the Court of Justice – the Way forward ?* » in *Une communauté de droit – Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BMW, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, 648 p., pp. 637-642, p. 638.

⁶⁷⁷ À propos de l'interdépendance des éléments d'une sphère et de la défense des intérêts de l'une par l'autre par souci de survie, voir les propos du philosophe SLOTERDIJK, *supra*, § 445.

⁶⁷⁸ Pour une analyse comparable, voir J.-V. LOUIS, « La Cour de justice après Nice » in M. DONY et E. BRIBOSIA (édité par), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, op. cit., pp. 5-17, p. 7. À propos des autres modifications du traité de Nice, comme l'organisation des chambres, ou le régime des sessions des juridictions, consulter par ex. O. TAMBOU, « Le système juridictionnel communautaire revu et corrigé par le traité de Nice », op. cit., not. p. 167.

européenne (TFPUE)⁶⁷⁹. Il s'agit avant tout d'alléger le travail du TPICE (1). La spécialisation de la justice communautaire ainsi initiée se révèle toutefois également opportune dans le contexte de la technicité croissante de certains domaines du droit communautaire (2).

1. L'allègement manifeste du TPICE

824. Explicitement constitué pour « améliorer le fonctionnement du système juridictionnel communautaire »⁶⁸⁰, le TFPUE est conçu pour s'y adapter le plus rapidement possible. En ce sens, il relève des principes déjà en vigueur vis-à-vis des autres juridictions de la Cour de justice en ce qui concerne tant les conditions de nomination des juges⁶⁸¹, que le mode de fonctionnement du Tribunal. Notamment, les juges sont nommés pour six ans renouvelables. (Le TFPUE est en fait composé pour l'instant de sept juges⁶⁸² dont trois effectueront un mandat réduit pour permettre ensuite un renouvellement alternatif⁶⁸³). Par ailleurs, les règles de procédure sont les mêmes que pour le TPICE à l'exception de la possibilité de recourir au juge unique, au moins jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement de procédure du TFPUE selon l'article 3, § 4, de la décision de 2004 instituant le TFPUE.

825. À l'évidence, le TFPUE « décharg[e] le Tribunal d'un bon nombre d'affaires »⁶⁸⁴. En 2005, 130 affaires lui ont ainsi été conférées⁶⁸⁵, ce qui représente

⁶⁷⁹ Décision du Conseil n° 2004/752, du 2 novembre 2004 *instituant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne*, JOUE, L 133, 9 novembre 2004, pp. 7-11.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, cons. n° 2.

⁶⁸¹ Pour une opinion plus nuancée, et notamment pour la mise en évidence d'« un subtil dégradé » entre les qualités requises pour être membre de la CJCE, celles pour être juge au TPICE et celles pour être juge au TFPUE, voir R. KOVAR, « La réorganisation de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne » in M. DONY et E. BRIBOSIA (édité par), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, op. cit., pp. 33-48, p. 37.

⁶⁸² En réalité, on pouvait deviner le nombre de juges du TFPUE dès la décision du Conseil n° 2004/752 précitée, car il y est prévu, en son article 2, que « les fonctions [de trois juges de ce Tribunal] prendront fin, par dérogation à l'article 2, deuxième alinéa, première phrase, de l'annexe I au statut de la Cour, à l'issue des trois premières années de mandat ». On pouvait donc subodorer qu'il y aurait deux fois plus de juges, plus un pour obtenir un nombre impair de juges. La situation est toutefois beaucoup plus claire au sein de la décision du Conseil du 18 janvier 2005 *relative aux conditions et aux modalités régissant la présentation et le traitement des candidatures en vue de la nomination des juges du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne*, puisque l'article 2 de son annexe prévoit explicitement que le « Tribunal de la fonction publique est composé de sept juges ».

⁶⁸³ Un appel à candidature a été lancé le 23 février 2005 par le Conseil (JOUE, C 47 A, 23 février 2005, pp. 1-2). Les juges ont été nommés cinq mois après (Décision du Conseil n° 577/2005, du 22 juillet 2005 *portant nomination des juges au Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne*, JOUE, L 197, 28 juillet 2005, pp. 28-29). Enfin, les résultats du tirage au sort ont été publiés le 21 octobre 2005 (JOUE, C 262, 21 octobre 2005, p. 1).

⁶⁸⁴ K. LENAERTS, « La réorganisation de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne : quel angle d'approche adopter ? » in M. DONY et E. BRIBOSIA (édité par), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, op. cit., pp. 49-64, p. 58.

presque 30% des affaires introduites devant le TPICE en 2005⁶⁸⁶. Ce phénomène participe donc à l'augmentation significative du nombre d'affaires réglées par le TPICE et à la baisse corrélative du nombre d'affaires pendantes devant lui⁶⁸⁷. Néanmoins, cet intérêt manifeste ne doit pas occulter un avantage plus diffus, mais tout aussi important pour l'effectivité du droit au recours.

2. La spécialisation positive de la justice communautaire

826. En réalité, la création de chambres juridictionnelles est également susceptible de répondre au contexte de spécialisation du contentieux communautaire. Notamment, comme le soulignent le professeur GÉRADIN et Nicolas PETIT, le droit de la concurrence connaît une ère « post-modernisation » se caractérisant par une accentuation de la « technicité de la matière » à un tel point, que les auteurs estiment que le recours en annulation n'est plus optimal⁶⁸⁸. Non seulement « l'arriéré judiciaire actuel est incompatible avec l'extrême rapidité des marchés, en particulier dans le domaine du contrôle des concentrations »⁶⁸⁹ mais surtout, pour ce qui nous intéresse, il semble que le juge par principe généraliste du TPICE ne soit plus adapté face à la technicité croissante de la matière. Le danger réside alors dans le développement d'une justice inadaptée du fait d'un juge non-formé aux subtilités grandissantes d'un domaine, auxquelles les services de la Commission ne manquent pas de se familiariser puisqu'ils en sont acteurs. Dès lors, « un risque d'inefficacité du contrôle juridictionnel est identifiable »⁶⁹⁰ et, par ricochet, le droit au recours des opérateurs économiques concernés encourt une perte d'effectivité notoire.

827. Certes, par le jeu de l'attribution des affaires aux chambres et aux juges rapporteurs, le président du TPICE peut atténuer ce phénomène. Il peut ainsi adresser certains types d'affaires à certains cabinets dont le juge ou les référendaires peuvent avoir témoigné d'une compétence particulière. Cependant, nous pensons que ce n'est pas forcément suffisant. En effet, si la Commission a sans doute besoin que la justice communautaire fonctionne pour maintenir la raison d'être de la Cour de justice à laquelle

⁶⁸⁵ Plus précisément, le président du TPICE a transféré les 117 affaires dans lesquelles la procédure écrite n'était pas encore arrivée à son terme, en vertu de l'article 3, §3, de la décision 2004/752 précitée. Le TFPUE a ensuite été saisi directement des 13 autres affaires. Se référer au rapport d'activité du TFPUE, inclus dans le *Rapport d'activité de la Cour de justice – 2005*, pp. 165-167, p. 166.

⁶⁸⁶ Selon le *Rapport d'activité de la Cour de justice – 2005* (p. 223), 469 affaires ont été introduites devant le TPICE en 2005.

⁶⁸⁷ Pour plus de détails, voir les commentaires du président du TPICE VESTERDORF au sein du *Rapport d'activité de la Cour de justice – 2005*, pp. 85-144, spéc. pp. 85-86.

⁶⁸⁸ D. GÉRADIN et N. PETIT, « Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation », *RTDE*, 2005, pp. 795-837, pour une synthèse voir le résumé p. 795 ou la conclusion pp. 836-837.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 833.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 837.

elle est interdépendante⁶⁹¹, elle dispose avant tout d'un pouvoir de décision dont elle va logiquement défendre la production. En tant que pouvoir institutionnel, elle est donc susceptible d'abuser naturellement de son pouvoir⁶⁹². Le fait qu'elle pourrait améliorer l'invocation des droits fondamentaux communautaires devant le juge⁶⁹³, ou le fait qu'elle n'entend plus utiliser la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁶⁹⁴ nous incite d'ailleurs à la prudence : la Commission peut avoir intérêt à ne pas aller dans le sens de la protection des droits fondamentaux communautaires. La technicité de l'objet du contentieux ne doit alors pas masquer ce phénomène aux yeux du juge communautaire qui doit être armé pour y faire face.

828. Sa propre spécialisation constitue certainement le moyen le plus adéquat. La création de chambres juridictionnelles correspond à cette logique. En ce sens, il n'est pas étonnant que le professeur GÉRADIN et Nicolas PETIT suggèrent que « l'opportunité de la création d'une juridiction communautaire spécialisée en droit de la concurrence devrait faire l'objet d'une analyse sérieuse en termes de coûts et bénéfices »⁶⁹⁵. Dans le même sens, la Commission a proposé au Conseil de créer un « tribunal du brevet communautaire »⁶⁹⁶. Si la proposition n'a pas encore été suivie d'effet, elle est toujours pendante.

Le juge à la CJCE LENAERTS envisage en outre que d'autres chambres spécialisées pourraient être créées. Notamment, on pourrait « transform[er] les chambres de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) en une ou plusieurs chambres juridictionnelles »⁶⁹⁷. On pourrait y ajouter « une chambre compétente pour connaître du contentieux des obtentions végétales et, plus tard, éventuellement une chambre compétente pour le contentieux relatif au futur brevet communautaire »⁶⁹⁸. Néanmoins, le professeur KOVAR ne semble pas adhérer à un tel élan. Au contraire, il estime qu'« [i]l est peu probable que l'on assiste, dans un premier temps, à une multiplication des chambres juridictionnelles », considérant que « [n]i la Cour de justice, ni les autres institutions ne paraissent désireuses de s'engager sans précautions dans cette voie »⁶⁹⁹. Pour notre part, nous pensons que le Conseil attend

⁶⁹¹ À propos de l'interdépendance des éléments d'une sphère et de la défense des intérêts de l'une par l'autre par souci de survie, voir les propos du philosophe SLOTERDIJK, *supra*, § 445.

⁶⁹² En ce sens, voir C.-L. de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 1979, 2 vol., 507 p. et 638 p., vol. I, Livre XI, chap. IV, p. 293 : « tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ».

⁶⁹³ Voir *supra*, §§ 541-542.

⁶⁹⁴ Voir *supra*, § 678.

⁶⁹⁵ D. GÉRADIN et N. PETIT, « Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation », *op. cit.*, p. 836.

⁶⁹⁶ Proposition de règlement du Conseil instituant le Tribunal du brevet communautaire et concernant les pourvois formés devant le Tribunal de première instance, COM/2003/0828, 23 décembre 2003.

⁶⁹⁷ K. LENAERTS, « La réorganisation de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne : quel angle d'approche adopter ? » in M. DONY et E. BRIBOSIA (édité par), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 49-64, p. 56.

⁶⁹⁸ *Id.*

⁶⁹⁹ Pour les deux citations, R. KOVAR, « La réorganisation de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne » in M. DONY et E. BRIBOSIA (édité par), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 33-48, p. 39.

simplement de prendre la mesure de la création du TFPUE pour envisager ensuite l'opportunité de recourir à d'autres chambres spécialisées. Il ne faut en effet pas oublier que la création de telles chambres emportent un coût financier certain que les États ne voudraient assurément pas assumer si l'intérêt pour la justice communautaire était minime.

829. L'institution de chambres spécialisées obéit en somme à une recherche d'effectivité de la justice communautaire. Il ne s'agit pas simplement de répondre à l'encombrement de la Cour de justice, même si l'argument est déterminant pour la réalité du droit au recours. Les chambres spécialisées constituent également un outil de prédilection pour faire face à la spécialisation des contentieux. Elles permettent alors à la juridiction communautaire d'évoluer avec son contexte, et de demeurer efficace. Les chambres spécialisées emportent toutefois une certaine remise en question de la procédure initiale, en ce que les compétences des juges préexistants doivent être réévaluées.

B. Le réajustement des compétences entre le TPICE et la CJCE

830. La création de chambres juridictionnelles spécialisées a conduit le traité de Nice à repenser les attributions des juges préexistants. En particulier, la prévision de voies de contestations des décisions de ces nouvelles chambres devait engendrer l'élargissement des compétences du TPICE, et même de la CJCE⁷⁰⁰. Certes, le droit au recours n'emporte pas l'obligation d'instituer de telles voies de contestations au sens de l'article 6 de la CESDH⁷⁰¹. Néanmoins, le souci de préservation de l'unité du droit communautaire a prévalu. L'article 225 A, alinéa 3, prévoit ainsi que les décisions des chambres spécialisées peuvent « faire l'objet d'un pourvoi limité aux questions de droit », voire d'un appel, devant le TPICE⁷⁰². Aussi et contrairement au fait que le TPICE

⁷⁰⁰ Selon l'article 225, § 2, les décisions du TPICE rendues sur contestation des décisions des chambres juridictionnelles, « peuvent exceptionnellement faire l'objet d'un réexamen par la Cour de justice, dans les conditions et limites prévues par le statut, en cas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou la cohérence du droit communautaire ». Sur cette base a été adoptée la décision du Conseil n° 2005/696, du 3 octobre 2005, portant modification du protocole sur le statut de la Cour de justice, visant à fixer les conditions et limites pour le réexamen par la Cour de justice des décisions rendues par le Tribunal de première instance, JOUE, L 166, du 11 octobre 2005, pp. 60-61.

⁷⁰¹ Sur ce point, se référer not. à F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., § 210, pp. 335-338, spéc. p. 335. Voir spéc. L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., §§ 389-397, pp. 312-316.

⁷⁰² La formulation de cette disposition est très intéressante. Pour comprendre sa subtilité, il est nécessaire de la reprendre dans son entièreté : « Les décisions des chambres juridictionnelles peuvent faire l'objet d'un pourvoi limité aux question de droit, ou lorsque la décision portant création de la chambre le prévoit, d'un appel portant également sur les questions de fait, devant le Tribunal de première instance ». Dans la mesure où le verbe « pouvoir » est utilisé, le pourvoi n'est pas automatique. Il devra donc être ultérieurement prévu. Il est alors étonnant que, pour l'appel, il est ajouté « lorsque la décision portant création de la chambre le prévoit ». Cela signifierait que le pourvoi peut être ajouté par une simple modification du statut après la création des chambres, au contraire de l'appel. Il serait pourtant étonnant que la décision de création d'une chambre omette d'envisager les recours contre ses décisions au regard du souci d'unité d'interprétation du droit. Nous pensons donc que la « puissance constitutive » communautaire n'empêche l'établissement ni de l'appel ni de la cassation, mais témoigne de sa préférence pour la seconde.

n'a pas changé d'appellation, il n'est plus uniquement un tribunal *de première instance*, et le sera de moins à moins à mesure des créations des chambres juridictionnelles spécialisées.

831. La situation du TPICE a dès lors été réajustée au sein de l'architecture juridictionnelle communautaire. Déjà, il n'est plus accessoirement lié à la CJCE, mais est devenu une juridiction à part entière aux côtés de la CJCE comme le montre la nouvelle formulation de l'alinéa 1^{er} de l'article 220 TCE. En outre, le traité de Nice lui confère une compétence particulièrement élargie. Le TPICE tend ainsi à se transformer en la juridiction de droit commun de la *communauté* endogène. L'idée première était évidemment de décharger la CJCE confrontée à un flot grandissant de recours. Les délais de traitement des affaires augmentant, il devenait urgent d'en soulager le rôle pour préserver l'effectivité du droit au recours. Ce réajustement ne devait toutefois pas se faire en grevant le Tribunal ; cela n'aurait abouti qu'à déplacer le problème⁷⁰³. Aussi, si le traité de Nice ouvre la possibilité de moult réformes, il renvoie la plupart du temps le soin au Conseil de modifier le statut de la Cour de justice, lorsque le besoin se fera sentir et, sans aucun doute, de manière à ce que le TPICE n'en pâtisse pas⁷⁰⁴. L'œuvre entreprise n'est donc pas inachevée comme nous l'avons déjà souligné au contraire du professeur KOVAR⁷⁰⁵, mais se révèle subtilement orchestrée pour permettre aux institutions d'évoluer, même en cas de panne de la « puissance constitutive » communautaire.

832. D'abord, la compétence du TPICE est amplement étendue en matière de recours directs. L'article 225, § 1^{er}, lui attribue la compétence de principe en première instance pour les recours en annulation, en carence, en responsabilité, de fonctionnaires et en matière contractuelle en cas de clause compromissoire. Cette compétence de principe s'efface logiquement sous les réserves émises par le traité concernant les propres attributions de la CJCE, et des éventuelles chambres juridictionnelles.

En ce sens, le Conseil a adopté la décision n° 2004/407⁷⁰⁶ dans laquelle il prend acte du traité de Nice et élargit les attributions du TPICE, quoique sans épuiser les possibilités offertes par le traité de Nice. En effet, si le TPICE était déjà compétent en première instance pour tous les recours directs introduits par les particuliers ou les fonctionnaires, ainsi que pour la mise en jeu de la responsabilité de la Communauté ou en matière contractuelle ou de marque communautaire⁷⁰⁷, il le devient pour certains recours introduits par les États membres. Sont visés spécialement les recours formés d'une part

⁷⁰³ À propos de l'intérêt de ne pas surcharger le TPICE à son tour, voir K. LENAERTS, « La réorganisation de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne : quel angle d'approche adopter ? » in M. DONY et E. BRIBOSIA (édité par), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, op. cit., pp. 49-64, p. 59.

⁷⁰⁴ Pour une vision similaire, voir O. TAMBOU, « Le système juridictionnel communautaire revu et corrigé par le traité de Nice », op. cit., p. 166.

⁷⁰⁵ Voir *supra*, § 821.

⁷⁰⁶ Décision du Conseil n° 2004/407, du 26 avril 2004, *portant modification des articles 51 et 54 du protocole sur le statut de la Cour de justice*, JOUE, L 132, pp. 5-6.

⁷⁰⁷ Décision du Conseil n° 93/350, du 16 juin 1993, JOCE, L 144, p. 21.

contre la Commission, et d'autre part contre le Conseil concernant les actes pris dans le domaine des aides d'État ou en matière de dumping, et les actes par lesquels il exerce des compétences d'exécution. Autrement dit, au regard de ce texte, la compétence de la CJCE est réduite, en premier et dernier ressort, aux autres recours introduits par les États contre le Conseil, et aux recours introduits par les institutions. Il s'agit en effet de conférer à la CJCE un rôle en matière « constitutive », ce qui implique « le contrôle de l'activité normative de base et la solution des conflits interinstitutionnels »⁷⁰⁸.

833. Ensuite, le traité de Nice va encore plus loin. Il permet au statut de prévoir que le TPICE peut être compétent « pour connaître des questions préjudicielles, soumises en vertu de l'article 234, dans les matières spécifiques déterminées par le statut ». Le transfert de compétence avait en fait été suggéré par la Cour de justice elle-même, dans le but d'alléger sa charge contentieuse⁷⁰⁹, malgré certaines réticences⁷¹⁰. Pourtant, le professeur KOVAR remarque qu'aucune raison de principe ne s'oppose à ce que le TPICE puisse exercer une telle compétence préjudicielle. En effet, non seulement il juge déjà de la validité des actes communautaires au travers du recours en annulation, mais encore il interprète également déjà le droit communautaire comme prescrit par toute activité juridictionnelle⁷¹¹. Le juge témoigne d'ailleurs qu'il se sent capable d'assurer une telle responsabilité⁷¹². Par ailleurs, le juge à la CJCE LENAERTS entend répondre aux craintes relatives à une perte d'unité ou de cohérence du droit communautaire. Il remarque en effet que :

« pour les matières [spécifiques attribuées au TPICE], le Tribunal est, sauf cas exceptionnel de réexamen, le juge de dernière instance. Pour ces matières, il n'existe donc pas de risque qu'une décision du Tribunal sur renvoi préjudiciel soit ultérieurement contredite par la Cour »⁷¹³.

Nous remarquons toutefois que de nombreux textes peuvent être utiles à plusieurs domaines, et sont dès lors susceptibles d'être envisagés par les deux juridictions. C'est

⁷⁰⁸ K. LENAERTS, « La réorganisation de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne : quel angle d'approche adopter ? » in M. DONY et E. BRIBOSIA (édité par), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, op. cit., pp. 49-64, p. 53.

⁷⁰⁹ Sur ce point, voir not. D. RUIZ-JARABO, « La réforme de la Cour de justice opérée par le traité de Nice et sa mise en œuvre future », op. cit., p. 711.

⁷¹⁰ Voir, par ex., Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, 28 juin 2001, rendues sur l'arrêt du 29 novembre 2001, *François De Coster c/ Collège des bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort*, aff. C-17/00, *Rec.*, p. I-9445, pt 74 ; et la confirmation de son opinion dans son article précité, *ibid.*, p. 711.

⁷¹¹ R. KOVAR, « La réorganisation de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne » in M. DONY et E. BRIBOSIA (édité par), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, op. cit., pp. 33-48, pp. 43-44.

⁷¹² Au sujet de la troisième chambre du TPICE qui offre « en quelque sorte aux requérants un "ersatz d'arrêt préjudiciel en appréciation de validité" » parce que gêné par la situation des requérants susceptibles de ne pas bénéficier d'un droit au recours effectif, se référer à É. MEISSE, « Exception de recours parallèle », *Europe*, 2006, n°s 8-9, commentaires n° 234, pp. 12-13 ; et à TPICE, 21 juin 2006, *Danzer c/ Conseil*, aff. T-47/02, *Rec.*, p. II-1779.

⁷¹³ K. LENAERTS, « La réorganisation de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne : quel angle d'approche adopter ? » in M. DONY et E. BRIBOSIA (édité par), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, op. cit., pp. 49-64, p. 63.

pourquoi l'article 225, § 3, dernier alinéa, prévoit un réexamen exceptionnel de la question par la CJCE « en cas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit communautaire ». Le traité de Nice a donc bien entendu préserver l'unité et la cohérence du droit communautaire. Comme le renvoi préjudiciel constitue un palliatif des lacunes du recours en annulation⁷¹⁴, ce souci nous semble en outre bénéfique. Le maintien de son équilibre constitue un élément important pour la protection des droits fondamentaux communautaires.

834. Enfin, alors que le traité de Nice a déjà largement étendu la compétence du TPICE, il ajoute que « [l]e statut peut prévoir que le Tribunal de première instance est compétent pour d'autres catégories de recours ». Le nouvel article 225, § 1^{er}, envisage ainsi la possibilité de transférer au TPICE toutes les compétences exercées actuellement par la CJCE en première instance. En particulier, cette disposition vise certainement le recours en manquement puisque toutes les autres compétences étaient déjà transférées par principe au TPICE⁷¹⁵. Nous pensons toutefois que cette hypothèse n'est pas à l'ordre du jour, au regard de l'esprit de la réforme entreprise. Il ne s'agit pas de transformer la nature de la construction communautaire, comme cela pourrait être le cas avec la révolution proposée par le traité établissant une Constitution pour l'Europe. L'engagement des États ne change donc pas profondément, et il est probable qu'ils n'entendent pas toucher aux garanties qui leur assurent que la diplomatie ne vient pas s'immiscer dans le contrôle juridictionnel communautaire⁷¹⁶. Nous supposons alors que les États n'auront pas envie de multiplier les acteurs de contrôle de leur mise en œuvre du droit communautaire, ou en tout cas pas dans l'immédiat.

835. En définitive, la compétence de principe du TPICE a tellement été étendue par le traité de Nice qu'il tend à devenir la juridiction centrale de l'architecture juridictionnelle communautaire. Certes, le statut de la Cour de justice n'a pas forcément été modifié pour tirer immédiatement toute la portée de ce changement. Pourtant, la réforme est prégnante. Elle était de toute façon nécessaire face à l'encombrement continu de la Cour de justice. En soulageant la CJCE de plusieurs compétences au bénéfice du TPICE, et en créant des chambres juridictionnelles spécialisées pour alléger également la charge de travail de ce dernier, le traité de Nice a donc entrepris de pérenniser l'effectivité de la justice communautaire et, par ricochet, le droit au recours dont l'effectivité est un caractère constitutif. Ce traité témoigne ainsi particulièrement combien il est possible de faire évoluer le système même si le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'était pas ratifié. Les potentialités sont importantes. Elles ne seront toutefois pas suffisantes si les juges de la *communautarité* surjective ne sont pas

⁷¹⁴ Par ex., voir J. RIDEAU, « Le développement de la protection juridictionnelle des droits de l'homme dans l'Union européenne : symboles et effectivité » in R. MEHDI (dir.), *L'avenir de la justice communautaire : enjeux et perspectives*, Paris, La Documentation française, 1999, 142 p., pp. 83-115, spéc. pp. 105-106.

⁷¹⁵ Voir en ce sens K. LENAERTS, « La réorganisation de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne : quel angle d'approche adopter ? » in M. DONY et E. BRIBOSIA (édité par), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, op. cit., pp. 49-64, p. 52.

⁷¹⁶ Sur ce point, voir *supra*, §§ 368 et 805.

attachés aux évolutions envisagées. Les juges nationaux doivent au contraire être associés à ces évolutions, ne serait-ce que parce qu'ils sont les premiers acteurs du renvoi préjudiciel.

§2. L'optimisation de la coopération de juge à juge au bénéfice des droits fondamentaux

836. Tandis que les juges nationaux sont les juges de droit commun de la *communautarité* surjective, nous avons pu constater qu'ils tendaient à ne pas invoquer suffisamment les droits fondamentaux communautaires lors de leurs renvois préjudiciels⁷¹⁷. Nous pouvons alors nous interroger sur la compétence des juges nationaux à exercer leur fonction préjudicielle. En effet, une question plus complète serait susceptible d'influer sur la CJCE et, par là, de participer à la défense de leur logique nationale que la CJCE ne rejette pas puisque les logiques nationales peuvent à l'occasion nourrir les PGDC, et surtout conditionnent l'effectivité du droit communautaire. Les juges nationaux peuvent en outre participer au dialogue des juges entretenu à propos des droits fondamentaux, et contribuer à en préciser les contours ou en améliorer l'exercice, comme nous avons pu le montrer à propos de l'inviolabilité du domicile⁷¹⁸.

837. Développer la compétence des juges nationaux en matière communautaire se révèle en définitive utile pour la protection des droits fondamentaux communautaires, au-delà du fait qu'il est nécessaire pour l'équilibre de l'ordre juridique communautaire. La question relève toutefois normalement des compétences étatiques. En découle une délicate réflexion sur l'enjeu de la formation des juges nationaux au droit communautaire, et aux droits fondamentaux communautaires en particulier, vis-à-vis du respect des souverainetés nationales (A). Le besoin de formation n'en demeure toutefois pas moins réel (B).

A. L'enjeu de la formation des juges nationaux

838. Former les magistrats nationaux au droit communautaire permet de les familiariser avec un droit différent, et surtout de les habituer aux subtilités du dialogue des juges dont nous avons vu qu'il était si prégnant pour la protection des droits fondamentaux communautaires⁷¹⁹. En effet, les modalités de ce dialogue peuvent apparaître trop implicites, voire obscures, pour un juge non initié. L'enjeu de la formation des juges nationaux au droit communautaire présente donc des gains manifestes (1), que les risques de perte ne viennent que légèrement obscurcir puisqu'ils se révèlent exagérés (2).

⁷¹⁷ Voir *supra*, § 540.

⁷¹⁸ Voir *supra*, § 701 et s.

⁷¹⁹ Voir *supra*, § 687 et s.

1. Les gains reconnus

839. Les questions du droit communautaire, mais également des droits fondamentaux au travers du droit européen, sont devenues de plus en plus importantes pour les formateurs des magistrats. Par exemple, l'École Nationale de la Magistrature française affiche désormais clairement son « ouverture sur l'Europe »⁷²⁰. Le contenu de la formation initiale sur le thème n° IV relatif à « L'Europe et l'international » s'est enrichi⁷²¹, notamment de considérations pour le droit comparé, démarche « indispensabl[e] à la constitution d'un véritable espace judiciaire européen »⁷²². En outre, l'enseignement des langues est réorganisé, pour favoriser matériellement les échanges avec les autres États européens, et la connaissance des systèmes étrangers. De la même manière, l'École Nationale de la Magistrature française persévère dans le contenu des formations continues proposées aux magistrats en exercice. Sur les six années pour lesquelles le programme est disponible sur Internet⁷²³, nous pouvons constater que le droit communautaire a occupé un à deux modules en général, ainsi que des thèmes spécifiques comme la Commission européenne de 1999 à 2001, ou la libre circulation des capitaux en 1999. Par ailleurs, les modules sur la protection des droits de l'homme de 1999 et 2000 ont vraisemblablement été remplacés par un module sur la CEDH. Enfin, des thèmes transversaux comme l'Europe judiciaire en 2000, ou Europe et justice en 2004 sont proposés.

840. Il est vrai qu'une telle « ouverture sur l'Europe » n'est pas le fruit du hasard. Elle semble directement résulter de l'action du ministère de la Justice français. En effet, l'École Nationale de la Magistrature évolue « vers une nouvelle pédagogie, dont les grands axes sont en cours d'élaboration dans le cadre de la mise en oeuvre du contrat d'objectifs et de moyens signé entre le garde des Sceaux et l'école le 17 juin »⁷²⁴ 2004. L'État français a effectivement tout intérêt à correctement former ses magistrats au droit communautaire, surtout depuis qu'il est devenu responsable de ses juridictions aux yeux de la CJCE⁷²⁵. L'économie éventuelle des formations n'est plus rentable face aux risques financiers d'une condamnation de la CJCE. Par exemple, le budget de l'École Nationale

⁷²⁰ G. AZIBERT, « Éditorial » in *Programme de formation initiale de l'École Nationale de la Magistrature 2005*, 84 p., pp. 4-5, p. 4, document diffusé sur Internet : <http://www.enm.justice.fr/formation_initiale/pedagogie/2005/Programme%20de%20FI%202005.pdf>.

⁷²¹ En 2001, la formation initiale contenait cinq thèmes dont le dernier était « L'Europe et l'international ». Trois questions y étaient abordées : la CESDH, le droit communautaire et la justice internationale. Désormais, le thème n° IV comprend quatre modules : CESDH, droit communautaire, coopération judiciaire internationale, enfin procédure et droit comparé. Voir resp. *Programme de formation initiale de l'École Nationale de la Magistrature 2001*, 46 p., pp. 16-18, et *Programme de formation initiale de l'École Nationale de la Magistrature 2005*, 84 p., pp. 32-33. Documents disponibles sur Internet, via le site : <<http://www.enm.justice.fr>>.

⁷²² *Programme de formation initiale de l'École Nationale de la Magistrature 2005*, 84 p., p. 33.

⁷²³ Voir les actions de la formation continue organisées sous l'égide de l'École Nationale de la Magistrature française, que l'on peut consulter sur Internet par année et par thème : <http://www.enm.justice.fr/formation_continue/actions/choixactions.asp>.

⁷²⁴ G. AZIBERT, « Éditorial », *op. cit.*, p. 4.

⁷²⁵ Voir *supra*, § 239 et s.

de la Magistrature qui dépassait 37 millions d'euros en 2002⁷²⁶ demeure largement inférieur au montant total de la sanction financière qu'a subi la France le 12 juillet 2005 : avec le paiement d'une somme forfaitaire de 20 millions d'euros et une astreinte de presque 58 millions d'euros tous les six mois⁷²⁷, on atteint plus du double du budget annuel de l'École Nationale de la Magistrature rien que pour six mois d'astreinte pour une seule affaire... De ce fait, il nous semble vraisemblable que le renforcement de l'intérêt pour l'Europe, le droit comparé et les droits fondamentaux européens dans la formation des magistrats résulte essentiellement de la volonté étatique soucieuse de prévenir les sanctions financières de la CJCE.

841. L'enjeu d'orienter la formation des magistrats vers le droit communautaire devient ainsi manifeste. Il s'agit de sensibiliser les juges à la nécessité non seulement de poser une question préjudicielle lorsque cela est nécessaire ou opportun, mais aussi de poser correctement cette question, voire d'en comprendre l'intérêt pour le dialogue des juges. L'enjeu comporte toutefois pour certains des dangers.

2. Les risques de perte exagérés

842. Si la formation des juges nationaux au droit communautaire a pour effet de privilégier les voies extra-nationales, certains estiment que l'enjeu présente un risque certain. En particulier, le doyen FAVOREU soulève la question de l'intégrité des ordres juridiques nationaux. Selon lui notamment, la Cour de cassation française n'aurait pas dû s'adresser à la CJCE dans l'affaire *Roquette* relative à l'inviolabilité du domicile des personnes morales⁷²⁸. Elle aurait tout simplement dû « s'en tenir à l'interprétation de notre texte fondamental donnée par le Conseil constitutionnel », d'autant que « la solution du Conseil constitutionnel était plus protectrice que celle de la Cour de Luxembourg »⁷²⁹.

843. Certes, la Cour de cassation est soumise à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62, alinéa 2nd, de la Constitution française de 1958. Et pour la sauvegarde de l'équilibre constitutionnel, les juges ordinaires doivent lui témoigner de leur obéissance. Toutefois, la Cour de cassation est également tenue de respecter les engagements internationaux que l'article 55 de la même Constitution place au-dessus des lois nationales. Du fait de la volonté législative puis constituante, la construction communautaire s'impose à elle. Elle est alors subordonnée à la Cour de justice en matière communautaire parce que le système constitutionnel dont elle procède

⁷²⁶ Se référer à la présentation de l'école, rubrique « Statuts et budgets » sur Internet : <http://www.enm.justice.fr/presentation_ecole/statuts.htm>.

⁷²⁷ CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, aff. C-304/02, *Rec.*, p. I-6263. Voir *supra*, § 262.

⁷²⁸ Cass. com., 7 mars 2000, *Société Roquette frères SA*, pourvoi n° 98-30389. À ce sujet, voir nos commentaires, *supra*, § 701 et s.

⁷²⁹ Pour les deux citations, L. FAVOREU, « Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, § 21, pp. 805-806, p. 806.

le lui commande. Le fait de poser une question préjudicielle n'est donc pas en soi attentatoire à l'intégrité de l'ordre juridique français car, au contraire, il ne fait qu'en suivre les prescriptions.

En outre, nous avons compris l'attitude de la Cour de cassation dans la présente affaire comme témoignant de la volonté de prévenir un conflit susceptible de mettre en cause la responsabilité internationale de la France devant la CEDH⁷³⁰. Or, cette volonté nous semble tout à fait correspondre à la volonté de tenir compte et de protéger l'ordre juridique national. Puisque le juge ordinaire national a conquis ou reconquiert sa fonction démocratique du contrôle de la puissance externe de l'État⁷³¹, il lui devient possible d'avoir un effet sur les engagements internationaux de leur État. Dès lors, le fait que le juge ordinaire prenne au sérieux ses compétences communautaires ne doit pas être assimilé à un quelconque mépris de l'ordre constitutionnel national puisque, à l'inverse, il le développe. D'ailleurs, la Cour de cassation n'a jamais profité du contrôle de conventionnalité pour mettre en danger la suprématie de la Constitution et du Conseil constitutionnel⁷³². Si elle exerce le contrôle de conventionnalité tel qu'enjoint par la CJCE ou la CEDH, et prescrit par l'article 55 de la Constitution, elle ne le fait que dans la limite de cet article 55. En effet, elle n'a jamais négligé la supériorité de la Constitution sur les conventions internationales, implicitement contenue dans cette disposition, et l'affirme clairement dans sa désormais célèbre jurisprudence *D^{elle} Fraisse*⁷³³.

844. Le danger mis en exergue par le doyen FAVOREU nous semble alors exagérément estimé. Son approche néglige la relativité de la *communautarité* qui est à la fois endogène et surjective. Or, la Cour de justice en est tout à fait consciente et tend, selon nous, à respecter le mieux possible les souverainetés nationales au sein de la sphère de *communautarité* surjective⁷³⁴. Pour être efficace, le droit communautaire a en effet besoin des souverainetés nationales. Les juges nationaux en ont d'ailleurs pris connaissance comme le montre l'influence qu'ils ont pu avoir sur la légitimation de la reconnaissance des droits fondamentaux communautaires par la CJCE⁷³⁵. Dès lors, ils n'entendent pas négliger l'essence de l'ordre juridique national dont ils procèdent.

845. Aussi ne considérons-nous pas que la formation des juges nationaux au droit communautaire présente des dangers pour l'intégrité des ordres juridiques

⁷³⁰ Voir *supra*, § 703.

⁷³¹ Voir *supra*, § 462 et s.

⁷³² À ce propos, qu'il nous soit permis de renvoyer à notre étude *in* « L'article 2 du code civil français, vecteur de constitutionnalisation du contentieux judiciaire en matière de validations législatives », *Droit civil et Droits*, sous la direction de J.-M. PONTIER, PUAM, Aix-en-Provence, 2005, 426 p., pp. 193-210 ; et sa version remaniée « La controverse des validations législatives en France, vecteur de constitutionnalisation du contentieux judiciaire », *Revue générale de droit*, dirigée par le professeur BEAULNE, éd. Wilson & Lafleur, Université d'Ottawa, Faculté de droit, Section de droit civil, vol. 36, n° 2 – 2006, pp. 157-188, spéc. §§ 20-25.

⁷³³ Cass. Ass. plén., 2 juin 2000, *D^{elle} Fraisse*, pourvoi n° 99-60274, *Bull.*, n° 4, p. 7.

⁷³⁴ Voir *supra*, §§ 440 et s.

⁷³⁵ Voir *supra*, §§ 454 et s.

nationaux. En revanche, elle ambitionne d'outiller les magistrats des connaissances nécessaires pour faire face à leurs obligations. Des progrès ont ainsi récemment été réalisés sous l'influence indirecte de la nouvelle jurisprudence de la CJCE relative à la responsabilité de l'État du fait de ses juridictions. Néanmoins, les changements opérés dans la formation des juges ne pourront avoir que des effets diffus. Il faudra du temps avant de constater une éventuelle amélioration des invocations des droits fondamentaux communautaires au sein des questions préjudicielles adressées à la CJCE. Il existe pourtant des moyens complémentaires pour renouveler la formation des juges nationaux au droit communautaire, et satisfaire le besoin en général de formation de ces juges.

B. Le besoin d'une formation renouvelée des juges nationaux

846. Il y a moins de quinze ans, le besoin de formation des juges nationaux au droit communautaire était criant. Le professeur PERTEK constatait ainsi que :

« dans la plupart des États membres, le droit communautaire n'est pas une matière obligatoire de l'examen d'accès à la magistrature. Et les futurs magistrats ne sont pas toujours davantage formés au droit communautaire durant la formation spécialisée qui les prépare à leurs fonctions (malgré certains efforts dans ce sens, par exemple en France à l'ENM). Enfin durant leur carrière, ils n'ont pas un accès aisé aux sources de droit communautaire »⁷³⁶.

Entre temps, la Cour de justice est devenue de plus en plus « à la mode, au moins dans les cercles académiques »⁷³⁷. Sa connaissance s'est améliorée, mais les praticiens du droit n'ont pas forcément été concernés par cet élan doctrinal. C'est pourquoi le professeur PERTEK estimait que l'« accent d[evait] être mis sur la formation continue »⁷³⁸, en particulier pour combler le retard accumulé.

847. Les institutions communautaires ont d'ailleurs compris l'urgence de remédier à ces carences. Se fondant sur les articles 126 et 127, devenus 149 et 150, TCE, elles ont organisé des actions d'encouragement. Puisque ces actions ne peuvent avoir pour effet que d'appuyer et de compléter les actions des États membres, elles sont restées subsidiaires et, surtout, essentiellement ponctuelles (1). Pourtant, les nouvelles technologies ouvrent de larges perspectives. Dorénavant, l'échange d'informations est tellement facilité que l'ambition d'un réseau de formation, complémentaire à l'action des États mais durable, n'est plus utopique (2).

⁷³⁶ J. PERTEK, « La formation des fonctionnaires et des juristes aux questions européennes », *RMCE*, 1993, pp. 746-753, p. 748.

⁷³⁷ W. MATTLI et A.-M. SLAUGHTER, « *The Role of National Courts in the Process of European Integration : Accounting for Judicial Preferences and Constraints* » in A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET et J.H.H. WEILER, *The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence (Legal Change in Its Social Context)*, Oxford, Hart Publishing, 1998, 391 p., pp. 253-276, p. 253 : « *The European Court of Justice is in fashion, at least in academic circles* ».

⁷³⁸ J. PERTEK, « La formation des fonctionnaires et des juristes ... », *op. cit.*, p. 746.

1. Des actions d'encouragement communautaires trop ponctuelles

848. Au départ, la connaissance du droit communautaire s'est diffusée par l'intermédiaire des acteurs nationaux qui avaient eu un rôle à jouer dans les institutions des Communautés. Les effets de cette diffusion ont été largement positifs pour la construction communautaire. Par exemple, comme le souligne Jens PLÖTNER, il n'est pas étonnant que le Conseil d'État français ait rendu son arrêt *Nicolo*⁷³⁹ favorable au droit communautaire, quelques mois après la réintégration du conseiller d'État GALMOT suite à l'échéance de sa fonction de juge à la CJCE le 6 octobre 1988⁷⁴⁰. Ce phénomène demeure toutefois trop minimal. Soucieux de la bonne application du droit communautaire, les États ont d'ailleurs initié une réflexion sur la manière d'aider à cette bonne application, en invitant la Commission à agir⁷⁴¹. La question de la formation des juristes nationaux au droit communautaire devait en découler⁷⁴².

849. Conscientes de l'impact du facteur humain, les institutions ont dès lors misé sur les échanges de fonctionnaires. Le « programme Karolus » a ainsi été élaboré pour permettre « l'échange, entre administrations des États membres, de fonctionnaires nationaux chargés de la mise en œuvre de la législation communautaire nécessaire à la réalisation du marché intérieur »⁷⁴³ et prorogé⁷⁴⁴. Ce programme ne visait toutefois pas les juges. Le programme quinquennal « Grotius » y remédia⁷⁴⁵, en proposant de « stimuler la connaissance réciproque des systèmes juridiques et judiciaires, ainsi qu'à faciliter la coopération judiciaire entre les États membres en mettant en œuvre des actions de formation, d'information, d'études et d'échanges au bénéfice des praticiens de la

⁷³⁹ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, req. n° 108243, *Rec.*, p. 190.

⁷⁴⁰ J. PLÖTNER, « Report on France » in A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET et J.H.H. WEILER, *The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence (Legal Change in Its Social Context)*, op. cit., pp. 41-75, p. 69.

⁷⁴¹ Voir la Déclaration n° 19 relative à l'application du droit communautaire, annexée au traité de Maastricht.

⁷⁴² Voir les explications des synthèses de la législation sur la coopération policière et douanière in *Activités de l'Union européenne*, diffusées sur Internet : <<http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l33146.htm>>.

⁷⁴³ Décision n° 92/481 du Parlement européen et du Conseil, du 22 septembre 1992, portant adoption d'un plan d'action pour l'échange, entre les administrations des États membres, de fonctionnaires nationaux chargés de la mise en œuvre de la législation communautaire nécessaire à la réalisation du marché intérieur (programme KAROLUS), *JOCE*, L 286, du 1^{er} octobre 1992, p. 65.

⁷⁴⁴ La décision n° 92/481 est venue à expiration le 31 décembre 1997. Elle a été prorogée jusqu'au 31 décembre 1999, et ouvert aux pays associés d'Europe centrale, aux pays de l'AELE membres de l'EEE ainsi qu'à Chypre, par la décision n° 98/889, du 7 avril 1998, modifiant la décision 92/481/CEE du Conseil concernant l'adoption d'un plan d'action pour l'échange, entre les administrations des États membres, de fonctionnaires nationaux chargés de la mise en œuvre de la législation communautaire nécessaire à la réalisation du marché intérieur (programme Karolus), *JOCE*, L 126, du 28 avril 1998, pp. 6-7.

⁷⁴⁵ Action commune 96/636/JAI, du 28 octobre 1996, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, établissant un programme d'encouragement et d'échanges destiné aux praticiens de la justice, *JOCE*, L 287, du 8 novembre 1996.

justice »⁷⁴⁶. Il connut un succès certain puisqu'il fut prolongé d'un an par une seconde phase consacrée spécialement au droit pénal⁷⁴⁷.

850. Néanmoins, si ces programmes ont permis de développer la connaissance nécessaire des droits des autres États membres pour la transposition du droit communautaire⁷⁴⁸, il restait à combler le retard de formation des juges nationaux au droit communautaire lui-même. La Commission y pourvut en proposant un programme spécifiquement adressé aux acteurs du contentieux communautaire que sont les avocats et surtout les juges⁷⁴⁹. L'« action Robert Schuman » vit ainsi le jour⁷⁵⁰. Comme l'indique son intitulé long, la décision « action Robert Schuman » visait à stimuler et à conforter les initiatives destinées à améliorer la sensibilisation au droit communautaire des professions juridiques des États membres de l'Union. Il s'agissait surtout de soutenir les « actions à vocation pratique »⁷⁵¹ tendant à la mise en œuvre de trois volets : formation, information et action d'accompagnement. Par exemple, il fut question de formation par des séminaires notamment, de diffusion de l'information en particulier par le financement de fonds bibliothécaires, ou d'action d'accompagnement par la formation des formateurs au droit communautaire. En somme, l'« action Robert Schuman » présentait tous les avantages, sauf qu'en privilégiant la fonction de stimulation des programmes européens, le Parlement et le Conseil ne devait lui conférer qu'une durée de vie réduite de trois ans. Le programme échu et non remplacé, l'action communautaire a alors pu sembler trop ponctuelle.

851. Certes, on pourrait considérer que le « Programme intégré en matière d'éducation et de formation tout au long de la vie » prévu pour la période 2007-2013 pourrait prendre la relève d'une manière à la fois globale et transversale : il tend à articuler les quatre programmes sectoriels Comenius (pour l'enseignement scolaire), Erasmus (pour l'enseignement universitaire et post-universitaire), Grundtvig (pour les adultes exclus du système scolaire) et Leonardo da Vinci (formation tout au long de la vie)⁷⁵². Cependant, ce programme n'est pas encore en vigueur⁷⁵³.

⁷⁴⁶ Voir les explications des synthèses de la législation sur la coopération judiciaire en matière pénale in *Activités de l'Union européenne*, diffusées sur Internet : <<http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l14014.htm>>.

⁷⁴⁷ Décision du Conseil, du 28 juin 2001, *établissant une seconde phase du programme d'encouragement et d'échanges, de formation, et de coopération destiné aux praticiens de la justice (GROTIUS II- Pénal)*, JOCE, L 186, du 7 juillet 2001, pp. 1-3.

⁷⁴⁸ À propos des « besoins de connaissance des droits des autres États », voir J. PERTEK, « La formation des fonctionnaires et des juristes aux questions européennes », *op. cit.*, pp. 748-750.

⁷⁴⁹ Proposition n° 96/580, de la Commission, JOCE C 378, du 13 décembre 1996, et *Bulletin de la CE*, 1996, n° 11, pt 1.3.23.

⁷⁵⁰ Décision n° 1496/98, du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, *établissant un programme d'action pour l'amélioration de la sensibilisation des professions juridiques au droit communautaire (action Robert-Schuman)*, JOCE, L 196, du 14 juillet 1998, pp. 24-27.

⁷⁵¹ Voir les explications des synthèses de la législation sur la coopération policière et douanière in *Activités de l'Union européenne*, diffusées sur Internet : <<http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l33146.htm>>.

⁷⁵² Voir les explications des synthèses de la législation sur la formation professionnelle in *Activités de l'Union européenne*, diffusées sur Internet : <<http://europa.eu/scadplus/leg/fr/cha/c11082.htm>>.

852. Pour le moment, la formation des juges nationaux au droit communautaire ne semble donc plus être une priorité. Or, nous doutons que l'« action Robert Schuman », quoique positive, ait pu, en seulement trois ans, combler le retard de formation au droit communautaire des juges nationaux. Elle a certainement pu inverser la tendance des formations offertes par les institutions nationales, comme nous l'avons vu en ce qui concerne l'École nationale de la magistrature française⁷⁵⁴. Toutefois, nous pensons que l'action d'encouragement est le plus efficace sur le long terme. Il faudrait pour cela consolider les programmes, et développer un suivi des magistrats dans la durée. Cela coûterait toutefois cher dans l'absolu. En outre, les États pourraient craindre de ne plus être complètement responsables de leurs juges. Pourtant, une approche différente de la formation, fondée sur les nouvelles technologies, pourrait constituer une solution fort appréciable.

2. L'ambition d'un réseau assis sur les nouvelles technologies

853. Les possibilités qu'offrent, ou vont offrir, les nouvelles technologies ouvrent de larges perspectives pour le renouvellement de la formation professionnelle, et en particulier de la formation continue. Elles sont en effet susceptibles de devenir un substitut beaucoup moins onéreux aux réunions et rassemblements que la logique communautaire veut internationaux. En ce sens, nous supposons que la proposition du professeur PERTEK de créer des universités d'été pour les fonctionnaires de l'Europe (des États membres et de l'Union)⁷⁵⁵ n'a pas été suivie pour des raisons essentiellement économiques. Une École européenne d'administration vient en effet d'être créée⁷⁵⁶, mais elle ne s'adresse qu'aux fonctionnaires des institutions et, lorsqu'elle intervient pour les personnels des autres agences de l'Union, ses services deviennent payants⁷⁵⁷. En réalité, se concentrer sur les fonctionnaires communautaires réduit les frais annexes de formation (déplacement, logement...) du fait que les fonctionnaires sont tenus de résider à proximité de leur lieu de travail de par l'article 20 du statut de la fonction publique communautaire⁷⁵⁸, et que cette École est présente à Bruxelles et à Luxembourg, lieux principaux de regroupements permanents des institutions communautaires. Ces éléments

⁷⁵³ Le programme intégré a été proposé par le Parlement européen. Il est l'objet d'une procédure de codécision : Proposition de Décision du Parlement européen et du Conseil, *établissant un programme d'action intégré dans le domaine de l'éducation et de la formation tout au long de la vie*, SEC (2004) 971, COM/2004/0474 final - COD 2004/0153.

⁷⁵⁴ Voir *supra*, §§ 839-840.

⁷⁵⁵ J. PERTEK, « La formation des fonctionnaires et des juristes ... », *op. cit.*, p. 752.

⁷⁵⁶ Décision du Parlement européen, du Conseil, de la Commission, de la Cour de justice, de la Cour des comptes, du Comité économique et social européen, du Comité des régions et du Médiateur européen, n° 2005/118, du 26 janvier 2005, *portant création de l'École européenne d'administration*, JOUE, L 37, du 10 février 2005, pp. 14-16.

⁷⁵⁷ Se reporter à la présentation de l'École européenne d'administration diffusée sur son site Internet : <http://europa.eu.int/eas/index_fr.htm>.

⁷⁵⁸ Règlement du Conseil, n° 259/68, du 29 février 1968, JOCE, L 56, du 4 mars 1968.

nous induisent donc à penser que l'argument financier demeure essentiel, au-delà du fait que l'incompétence de l'École européenne d'administration vis-à-vis des fonctionnaires nationaux respecte le rôle des États en la matière.

854. Cette École peut toutefois composer une première étape dans le renouvellement de la formation continue au droit communautaire des acteurs nationaux. Parce qu'elle s'adresse à un public multinational, elle est susceptible de développer des méthodes d'enseignement adaptées, ou adaptables, à toutes les cultures juridiques de l'Union. Des outils pédagogiques novateurs pourraient ainsi être réalisés. Ils pourraient ensuite être mis à la disposition de tous *via* le moyen de diffusion le plus large et le plus continu que constitue aujourd'hui Internet : tout est consultable 24h/24 et 7j/7. Cette technique présenterait en outre l'avantage de ne pas concurrencer les actions étatiques qui se concentreraient toujours sur les rencontres et les échanges humains qui demeurent déterminants dans le processus d'apprentissage⁷⁵⁹. Elle offrirait simplement à tous, et donc y compris aux juges nationaux, un moyen de consolider et/ou de compléter ses connaissances en fonction de leurs besoins ponctuels. Il ne s'agirait pas de simples fiches explicatives qui, en outre, existent déjà⁷⁶⁰, mais de présentations dynamiques pouvant même faire appel à l'intervention directe de la personne comme dans les jeux vidéos. La technique est possible puisqu'elle sert déjà le jeu *Cyber-Budget* que le ministère des Finances français proposent aux citoyens pour se familiariser avec les finances publiques étatiques⁷⁶¹.

855. Le recours à la technologie aurait évidemment un coût indirect certain. Pour ce qui nous concerne, les juges nationaux devraient tous être équipés d'un ordinateur suffisamment performant pour que les programmes interactifs soient aisément consultables, et évidemment d'une connexion Internet suffisamment importante pour que le téléchargement ne fasse pas perdre de temps. En outre, les juges devraient pouvoir se servir de la technologie proposée. Or, ce n'est pas toujours le cas même si les choses s'améliorent⁷⁶². En conséquence, la réussite du renouvellement de la formation des juges nationaux au droit communautaire est conditionnée non seulement par l'informatisation du service public de la justice, mais encore par la formation des juges à l'outil informatique. Aussi les États devraient-ils, par ricochet, y participer financièrement. Pourtant, cette modernisation des services publics n'aurait pas des effets bénéfiques uniquement vis-à-vis de la formation au droit communautaire. Comme l'enseigne en effet le jeu *Cyber-Budget*, l'« amélioration de la performance des services publics » est un investissement pour l'avenir, car « [d]isposer d'une administration performante à un coût

⁷⁵⁹ Voir les propos de la Fondation européenne pour la formation, à propos de l'apprentissage par voie électronique, diffusés sur Internet : <<http://www.etf.europa.eu/website.nsf?OpenDatabase&Content>>.

⁷⁶⁰ Se référer aux fiches sur l'activité de l'Union européenne par thèmes diffusées sur Internet : <http://europa.eu/index_fr.htm>.

⁷⁶¹ Voir le site Internet de ce jeu : <<http://www.cyber-budget.fr/jeu/index.html>>.

⁷⁶² L'École Nationale de la Magistrature française s'affirme désormais prête à optimiser le « recours à l'outil informatique ». Voir G. AZIBERT, « Éditorial », *op. cit.*, p. 4.

raisonnable est très favorable à l'attractivité et au rayonnement »⁷⁶³ d'un État. Dès lors, les investissements que l'État devrait réaliser, devraient déjà l'être pour le développement d'un service public de qualité. D'ailleurs, une telle politique est régulièrement stimulée par la Commission, comme avec son dernier « plan d'action eEurope 2005 »⁷⁶⁴. Notre proposition n'aurait ainsi pour effet que de profiter des investissements que l'État effectue, ou devrait effectuer, pour améliorer la justice, et donc aiderait à leur rentabilisation.

856. En définitive, les nouvelles technologies nous apparaissent bien potentiellement utiles pour le renouvellement de la formation des juges nationaux au droit communautaire. En tout cas, elles constituent une piste à explorer pour la continuation de la stimulation, par les institutions communautaires, des États en la matière.

857. La formation des juges nationaux au droit communautaire demeure en effet essentielle à la bonne application du droit communautaire et, en particulier, au bon usage du renvoi préjudiciel. Parce que la connaissance du droit de l'Union conditionne le dialogue des juges (puisque, pour dialoguer, ils doivent parler de la même chose), son amélioration permet d'optimiser la coopération de juge à juge. Il devient alors envisageable que l'invocation des droits fondamentaux par les juges nationaux au sein de la procédure préjudicielle s'améliore. Les juges nationaux pourraient prendre conscience du rôle incitatif qu'ils peuvent jouer auprès de la CJCE. En outre, ce phénomène ne serait pas uniquement avantageux pour la protection des droits fondamentaux communautaires, mais également pour la protection des droits fondamentaux en général, par la prévention des divergences en Europe.

858. En accompagnant la réorganisation interne de la Cour de justice au bénéfice du droit au recours, cette optimisation de la coopération entre les juges communautaires et nationaux permet ainsi de concevoir l'amélioration de la protection des droits fondamentaux communautaires. Ces évolutions emportent toutefois un changement de mentalité important. Les juges nationaux vont s'ouvrir de plus en plus aux logiques communautaires. Ils vont, en d'autres termes, apprendre à penser autrement. Le dépassement des mentalités « statocentrées » devient inéluctable.

⁷⁶³ Voir les propos du professeur « A. Longterme » de l'Institut du futur que le « ministre en herbe » rencontre à la fin de la mission n° 2.

⁷⁶⁴ Communication de la Commission du 28 mai 2002, au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité de régions, *Plan d'action eEurope 2005 : une société de l'information pour tous*, COM(2002) 263 final, non publiée au JOUE. Voir les explications des *synthèses de la législation sur la société de l'information in Activités de l'Union européenne*, diffusées sur Internet : <<http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/124226.htm>>.

Seconde section. Le dépassement nécessaire des mentalités

859. Lorsque le juriste se place du point de vue du justiciable, il prend conscience à la fois des déficiences du système juridictionnel (longueur et coût des procédures) et de sa complexité récurrente. Il cherche alors à le perfectionner pour en combler les lacunes, mais s'attache à comprendre le perfectionnement comme une simplification, « contrairement au sens normal du progrès technique »⁷⁶⁵. L'automatisme est patent. S'il est positif pour le rapprochement de la justice et du quotidien utile à l'évolution du service public de la justice au service des justiciables⁷⁶⁶, il conforte un phénomène plus global, quoique indépendant, de schématisation des connaissances à l'attention des citoyens.

860. Parce que la protection des droits fondamentaux en Europe relève de plusieurs systèmes, elle peut apparaître compliquée. Le réflexe va alors vers la simplification. Par exemple, on évite les intitulés jugés trop obscurs car trop longs, et l'on préfère les formules plus courtes que l'on croit plus attractives. On parle ainsi régulièrement d'une « Cour européenne de justice » qui n'existe pas⁷⁶⁷, ou pire de « Cour européenne ». Tout cela crée la confusion du discours : l'on ne sait ainsi plus de quoi l'on parle, alors que la question de comprendre si est en cause la CEDH ou la CJCE est déterminante pour la protection des droits fondamentaux. Le justiciable ne doit en effet pas se tromper de juge. Certes, l'on pourrait croire qu'il s'agit là d'un défaut des journalistes⁷⁶⁸. Pourtant, de telles formules équivoques ont également pu être usitées par les juristes⁷⁶⁹.

861. L'effet de cette simplification outrancière est dangereux. Ainsi, puisque l'on incite le citoyen à confondre les deux Cours en une seule, il lui devient vraisemblablement difficile d'accepter qu'il n'est pas recevable à contester le règlement

⁷⁶⁵ J. RIVERO, « Sanction juridictionnelle et règle de droit » in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, pp. 457-469 in *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, tome 1, 607 p., pp. 265-276, p. 273.

⁷⁶⁶ Sur ce point, voir J. RIVERO, « Sanction juridictionnelle et règle de droit », *id.*

⁷⁶⁷ Vraisemblablement, l'expression provient d'une traduction simpliste de l'intitulé anglais « *European Court of Justice* ». Certes, l'utilisation de cet intitulé correspondrait mieux à la réalité d'une Cour de la CE mais aussi de l'UE. Dans le même sens, l'ancien juge au TPICE BIANCARELLI pensait qu'à propos du Tribunal de première instance, « il vaudrait mieux dire, à l'anglaise, la Cour européenne de première instance ». (J. BIANCARELLI, « Droit communautaire : un juge à deux têtes », *RAE*, 1991, n° 1, pp. 3-6, p. 3). Néanmoins, nous devons éviter de multiplier les occurrences linguistiques, car l'esprit est amené intuitivement à penser que des intitulés différents désignent des choses différentes. Tant que la « puissance constitutive » ne les modifie pas – ce qui est prévu dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe –, nous devons de toute façon respecter sa volonté.

⁷⁶⁸ Les exemples écrits ou radio-télévisuels seraient trop nombreux pour que nous puissions en rendre compte. Pour information, une recherche effectuée en août 2006 identifie plus de 69 200 documents sur Internet contenant l'expression « cour européenne de justice ».

⁷⁶⁹ Notamment, le doyen FAVOREU a pu parler de la « Cour européenne de justice » selon les propos rapportés in L. FAVOREU et H. OBERDORFF, « Droit constitutionnel et droit communautaire - Les rapports de deux ordres juridiques », *RMCE*, 2000, pp. 94-99, par ex. p. 96. Alors que nous le lui faisons remarquer, il estima toutefois qu'il s'agissait d'une erreur.

communautaire qui va réduire ses revenus, alors qu'il a entendu aux informations de 20h que Maurice PAPON a obtenu la condamnation de la France⁷⁷⁰... De la même manière, le citoyen français qui a reçu le texte du traité établissant une Constitution pour l'Europe préalablement au référendum de mai 2004, a été particulièrement décontenancé par la longueur et la complexité, au moins apparente, du document, tandis que les discours pro-européens se contentaient trop souvent de faire appel à la confiance des gens parce qu'il ne faut plus de guerre en Europe. Si l'intention est éminemment louable, elle se révèle contre-productive. Au lieu de rassurer, dire que quelque chose est simplifiable alors qu'il semble si complexe amène la méfiance et, à terme, un relatif désintérêt. En tout cas, le déficit d'information des citoyens est prégnant⁷⁷¹.

862. Dès lors, le citoyen ne se sent pas ou plus vraiment concerné⁷⁷² vis-à-vis d'un système d'autant plus compliqué, que les explications simplificatrices aboutissent à des incohérences. Aussi ne va-t-il pas voter, ou vote-t-il moins à son sujet⁷⁷³. Pourtant, la grande majorité de la législation nationale est inspirée ou dictée par les prescriptions communautaires. Le paradoxe devient manifeste. Les institutions communautaires l'ont d'ailleurs perçu. L'échec du traité établissant une Constitution pour l'Europe a, par suite, au moins eu un effet positif : les institutions ou, du moins, les États finançant l'action des institutions ont compris que l'action communautaire doit être mise en avant. Elle ne doit plus être cachée sous prétexte que ce serait trop compliqué. La Commission s'est ainsi lancée dans une politique de communication au grand public de son action, qu'elle a par ailleurs beaucoup plus orientée vers le quotidien des citoyens, comme pour les frais de banque, les prix affichés des billets d'avion⁷⁷⁴, ou encore la composition et les effets indésirables des produits cosmétiques⁷⁷⁵. Elle a en outre décidé de relancer, sur une longue période (7 ans), son action pour la « Promotion de la citoyenneté européenne

⁷⁷⁰ CEDH, 25 juillet 2002, *Maurice Papon c/ France*, req. n° 54210/00, *Rec.*, 2002-VII.

⁷⁷¹ Sur cette question, se référer particulièrement à N. MOUSSIS, « La construction européenne et le citoyen : déficit démocratique ou déficit d'information ? », *RMCE*, 2000, pp. 153-159.

⁷⁷² F. LOUIS, « Synthèse des débats - Actes de la Journée d'études organisée par les Cahiers de droit européen : L'accès à la Justice dans l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 671-672.

⁷⁷³ À propos des taux de participation aux élections des membres du Parlement européen « jugé[s] faible[s] », se référer à O. COSTA, *Le Parlement européen, assemblée délibérante*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, Institut d'études européennes, 2001, 507 p., pp. 36-37.

⁷⁷⁴ Not., voir l'écho dans la presse de la volonté de la Commission européenne d'obliger les transporteurs aériens à afficher le prix des billets d'avions toutes taxes comprises pour faciliter la lisibilité des prix et, par là, la concurrence. À notre connaissance, c'est une des premières fois où la presse discute autant d'une proposition de règlement de directive : Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, *établissant des règles communes pour l'exploitation de services de transport aérien dans la Communauté*, document final de la Commission du 18 juillet 2006, COM(2006) 396 final, 2006/0130 (COD).

⁷⁷⁵ Communiqué de presse de la Commission européenne, *Que contient votre produit cosmétique et quels sont ses effets indésirables? À partir de maintenant, vous pouvez le demander au fabricant*, Bruxelles, le 28 août 2006, IP/06/1127, disponible sur Internet : <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1127&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=fr>>.

Nous remarquons d'ailleurs que l'intitulé du document est rédigé sous forme simple et claire, de manière à être directement compris des citoyens non-juristes.

active » qui ambitionne notamment de « stimuler la participation active des citoyens à des activités liées à la poursuite de l'intégration de l'Europe »⁷⁷⁶.

863. Les juristes devraient à notre sens faire de même. Ils devraient tirer les conséquences du constat que la simplification systématique peut engendrer plus de confusion qu'elle n'était censée résoudre. À vouloir trop schématiser, on peut perdre de vue la réalité que le citoyen vit au quotidien. Aussi arrive-t-on à la situation ubuesque d'un traité qui porte des révolutions essentielles pour la protection des droits fondamentaux⁷⁷⁷, mais qui a été refusé en France notamment parce que certains lui reprochent de ne pas être suffisamment protecteur des droits des individus⁷⁷⁸.

864. En réalité, la complexité de la protection des droits fondamentaux communautaires ne peut être correctement gérée que si elle n'est pas niée sous couvert d'une simplification réductrice. Elle doit être acceptée pour être dépassée. En ce sens, le professeur ARNAUD propose de gérer la complexité du droit communautaire par « la vision d'un ordre reposant sur la mise en œuvre d'une politique de la complexité »⁷⁷⁹. Évidemment, nous avons appris à « penser le droit comme exempt de contradictions lorsque nous voulons le penser comme cohérent »⁷⁸⁰. Il devient toutefois nécessaire d'intégrer une certaine relativité juridique lorsque les raisonnements formatés ne correspondent plus du tout à la nouvelle réalité⁷⁸¹. Nous l'avons déjà d'ailleurs suggéré à propos de la remise en cause du système de la hiérarchie des normes⁷⁸². La relativité juridique peut ainsi se révéler utile à la protection des droits fondamentaux communautaires (§1), dans la mesure où les juges la régulent pour le maintien de l'équilibre nécessaire entre les différents ordres juridiques communautaire et nationaux (§2)⁷⁸³.

§1. La relativité juridique au service des droits fondamentaux

865. Les juristes éprouvent en général des difficultés à se départir des systèmes rassurants qui ont été conçus pour décrire le droit. Nous pensons en outre que la difficulté

⁷⁷⁶ *Appel de propositions – EAC/18/06 – Promotion de la citoyenneté Européenne active – Projets pilotes/Projets citoyens 2006*, JOUE, n° C 090 du 13 avril 2006, pp. 46-47.

⁷⁷⁷ Voir *supra*, §§ 735 et s.

⁷⁷⁸ Certes, au moins pour la France, la volonté de sanctionner le gouvernement en place n'a pas été étrangère à la motivation de ceux qui ont voté contre le projet. Pourtant, le fait que les citoyens aient pu confondre les enjeux communautaire et national témoigne qu'ils ne sont pas suffisamment impliqués dans la construction communautaire, qu'ils croient ou qu'on leur fait croire « trop compliquée » pour eux.

⁷⁷⁹ A.-J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991, 304 p., pp. 241-291, p. 250.

⁷⁸⁰ I. PARIENTE-BUTTERLIN, *Le droit, la norme et le réel*, Paris, PUF, 2005, 203 p., p. 2.

⁷⁸¹ À ce sujet, voir J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, 408 p., pp. 127-132.

⁷⁸² Voir *supra*, §§ 148-149.

⁷⁸³ À propos du rôle des juges pour la gestion de la relativité induite du principe hiérarchique, voir *supra*, §§ 170-171.

est susceptible de s'accroître dans le contexte actuel. Le « désenchantement du monde » propre aux sociétés modernes selon le professeur WEBER se traduit en effet par une perte de repères⁷⁸⁴. La crainte peut alors nous amener à nous raccrocher aux symboles préexistants alors même qu'ils ne correspondent plus à la réalité mouvante. Le juriste n'y échappe pas. Au lieu de s'interroger sur la manière de faire évoluer le droit, il se tourne, comme les citoyens, vers le juge⁷⁸⁵. Pourtant, si ce dernier demeure essentiel pour gérer la relativité juridique (B), il faut bien se résigner à constater que le droit est « flou »⁷⁸⁶, en particulier en ce qui concerne les droits de l'être humain (A).

A. La nécessité d'intégrer la relativité juridique

866. La relativité s'est en fait imposée à nous à plusieurs reprises. D'abord, nous avons substitué un principe hiérarchique à la systématisation de la hiérarchie des normes⁷⁸⁷. Nous en avons déduit que des normes peuvent être à la fois valides dans un ordre juridique national, mais invalides vis-à-vis du droit communautaire⁷⁸⁸. Ensuite, nous avons souligné que l'être humain titulaire des droits de l'être humain était sociologiquement variable, suivant qu'il était conçu principalement dans son individualité ou comme membre d'un groupe⁷⁸⁹. Enfin, nous en sommes arrivée à la conclusion que la construction communautaire est sur le point de se rapprocher de l'état de fédération que le professeur SCHMITT décrit comme étant de nature mixte, puisque à la fois de droit public et de droit international⁷⁹⁰.

867. Nous avons dès lors intégré la relativité à notre analyse. Cette démarche ne nous semble en outre pas du tout contradictoire au raisonnement scientifique. Au contraire, celui-ci prescrit une étape préalable d'observation que les réflexes ou connaissances préexistants ne doivent pas dénaturer⁷⁹¹. Le scientifique ne doit ainsi pas hésiter à créer de nouvelles catégories, lorsque l'observation de la réalité l'impose. Les biologistes ont été confrontés à l'ornithorynque⁷⁹² ; les juristes le sont au fait juridique communautaire. Les juristes ne seraient donc pas les premiers à élaborer une catégorie nouvelle, dite « *sui generis* », pour un seul objet.

⁷⁸⁴ Se référer par ex. à P. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, Cujas, 2^{ème} éd., 2001, 376 p., pp. 273-279, pt IV, spéc. pp. 277-278.

⁷⁸⁵ G. GUILLAUME, « Conclusions générales » in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, op. cit., p. 223.

⁷⁸⁶ Sur ce thème, se référer en particulier à M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit – Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 1986, 1^{ère} éd. Quadrige, 2004, 389 p.

⁷⁸⁷ Voir *supra*, §§ 150 et s.

⁷⁸⁸ Voir *supra*, § 169.

⁷⁸⁹ Voir *supra*, §§ 287 et s.

⁷⁹⁰ Voir *supra*, § 807.

⁷⁹¹ À ce sujet, voir *supra*, §§ 45 et s.

⁷⁹² Alors que cet animal pond des œufs, a un bec de canard et des pattes palmées, il est un mammifère puisque la femelle allaite les petits. Il a été classé dans une catégorie nouvelle : le genre *Ornithorhynchus*.

868. L'insertion de la relativité n'est ainsi pas négative. Elle peut même se révéler bénéfique pour la protection des droits fondamentaux. Ainsi, afin de résoudre le désordre relatif à la protection des droits fondamentaux en Europe, le doyen FAVOREU propose en réalité de réintégrer une dose de relativité dans la conception que l'on a des droits fondamentaux. Selon le doyen, la CEDH devrait en fait abandonner toute idée de standard maximum. En outre, elle devrait se soumettre à une certaine subsidiarité lorsque des choix de société, comme les questions de l'avortement ou du voile islamique, sont en cause, pour en laisser l'appréciation aux autorités nationales :

« S'agissant particulièrement des choix de société, c'est à chaque système national de déterminer ses propres options, compte tenu des données historiques et sociologiques qui sont celles du pays considéré : la liberté de religion n'est pas conçue de la même manière en Grèce et dans les pays scandinaves, ou même au Royaume-Uni et en Irlande »⁷⁹³.

Cette approche nous semble d'autant plus recevable qu'elle accepte les conséquences logiques de la relativité intrinsèque de l'être humain titulaire des droits de l'être humain : l'universalité des droits n'est valable que pour leur principe, et pas pour leur mise en œuvre⁷⁹⁴. Elle présente par ailleurs l'avantage d'offrir une solution pratique au désordre dénoncé par le doyen. Cette solution repose en réalité sur le juge européen qui devrait se déclarer incompétent lorsqu'il n'est pas le mieux placé pour apprécier les droits en cause. La gestion de la relativité juridique est donc, également pour le doyen FAVOREU, renvoyée aux juges.

B. La gestion de la relativité par la sélection des recours

869. À partir du moment où la relativité est acceptée, il devient nécessaire de prévoir les moyens de l'encadrer. Notamment, penser qu'un juge devrait se déclarer incompétent, selon les circonstances, implique de lui attribuer la capacité d'apprécier les circonstances en cause, et d'estimer en conséquence s'il doit ou non décliner sa juridiction. Cela présuppose donc, comme nous l'avons déjà fait⁷⁹⁵, de considérer le juge non pas comme une simple autorité, mais comme un véritable pouvoir disposant de la faculté de choisir la norme inférieure qu'il va créer selon son interprétation⁷⁹⁶.

870. Il est ensuite nécessaire de conférer aux juges les outils nécessaires pour exercer leur libre arbitre. Le premier des instruments est certainement la capacité de

⁷⁹³ L. FAVOREU, « Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, § 25, pp. 809-811, p. 810.

⁷⁹⁴ Voir *supra*, §§ 292 et s.

⁷⁹⁵ Voir *supra*, § 171. À propos du rôle du juge national au sein de la construction communautaire, voir également *supra*, §§ 127 et 455 et s.

⁷⁹⁶ Cela n'est évidemment possible que dans un ordre juridique dynamique. Nous constatons toutefois que la quasi totalité des ordres existants sont dynamiques, ne serait-ce parce que le pouvoir législatif y dispose de la capacité de définir librement le contenu de la loi, sous réserve de sa compatibilité avec les normes supérieures.

décider ou non de recevoir un litige. Le filtrage des recours permet en effet de gérer son activité à deux niveaux. D'une part, comme l'entend le doyen FAVOREU⁷⁹⁷, la sélection des recours constitue le moyen de ne pas porter atteinte à la compétence des autres juges. La CEDH utilise d'ailleurs cette technique pour respecter le droit communautaire⁷⁹⁸ ; les membres de la CJCE l'envisagent de plus en plus⁷⁹⁹. D'un point de vue interne d'autre part, la sélection des recours permet, autant que faire se peut, d'éviter l'encombrement du rôle⁸⁰⁰.

871. Ces deux incidences doivent toutefois être limitées pour que le droit au recours ne soit pas atteint. Ainsi, la volonté de rendre le droit au recours matériellement plus effectif ne doit-elle pas avoir pour effet de toucher à la substance du droit. Notamment, le fait de décliner sa compétence ne doit pas engendrer une situation de « déni de justice par absence de juridiction compétente »⁸⁰¹. Sinon, l'individu n'accède pas au juge, premier des caractères du droit au recours⁸⁰².

872. Il est cependant possible de considérer que l'équilibre entre le droit au recours et le filtrage des recours n'est pas absolu. Il peut évoluer suivant les situations. En effet, les exigences du droit au recours sont moins fortes en ce qui concerne l'appel et surtout la cassation, notamment devant la CEDH⁸⁰³. En effet, comme l'explique Laure MILANO :

« le pourvoi en cassation doit rester une voie de recours extraordinaire, sans quoi le flux de recours, en constante augmentation, pourrait altérer la nature de ces institutions et l'unité et la cohérence de leurs jurisprudences. Il faut ajouter à cela des considérations plus pratiques. L'augmentation du flux des recours implique la multiplication des moyens humains et matériels et l'allongement des délais de jugement »⁸⁰⁴.

Dès lors, on pourrait adapter la possibilité du filtrage selon le niveau de la procédure. En particulier, elle serait quasi nulle pour les juges de première instance, de manière à réaliser l'accès au juge. À l'opposé, le juge à la CIJ GUILLAUME propose que :

⁷⁹⁷ L. FAVOREU, « Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, § 25, pp. 809-811, p. 810.

⁷⁹⁸ Voir *supra*, §§ 720 et s.

⁷⁹⁹ À ce sujet, se référer à F.G. JACOBS, « *References to the Court of Justice – the Way forward ?* », *op. cit.*, pp. 639-642.

⁸⁰⁰ Voir par ex. M. SAFJAN, rapport sur la « Pologne » in XX^e Table ronde internationale des 17 et 18 septembre 2004, organisée à Aix-en-Provence, « Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale : à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe ? » in *AJJC*, XX-2004, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 2005, 830 p., pp. 141-422, pp. 311-324, spéc. pp. 322-323. Se reporter également, spéc. à ce sujet, à S. NICOT, *Contribution à l'étude de la sélection des recours par la juridiction constitutionnelle (Allemagne, Espagne et États-Unis)*, *op.cit.*

⁸⁰¹ L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1964, 582 p., p. 167.

⁸⁰² À ce sujet, voir par ex. L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, §§ 75 et s., pp. 55 et s.

⁸⁰³ Voir *supra*, § 830.

⁸⁰⁴ L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, § 399, p. 318.

« les juridictions suprêmes cessent d'être considérées comme un troisième degré de juridiction et qu'elles se prononcent sur les dossiers justifiant leur intervention »⁸⁰⁵.

Le changement ne serait en outre pas révolutionnaire puisque les juges nationaux usent déjà du procédé de la sélection lorsqu'ils décident d'opérer ou un non un renvoi préjudiciel au profit de la CJCE ou du juge constitutionnel le cas échéant. Certes, le filtrage est ici exercé vers l'extérieur, et il s'agirait de l'appliquer à une démarche inverse. Pourtant, le raisonnement nous apparaît identique. Il s'agit dans les deux cas d'apprécier la pertinence d'un recours, voire son opportunité.

873. L'élargissement de la possibilité de filtrer les recours permettrait alors de faire face à l'acceptation de la relativité juridique. Puisqu'il serait impossible de prévoir absolument les situations, une marge de manœuvre serait laissée aux juges dont le pouvoir serait reconnu. Les juges ne travailleraient donc plus uniquement par rapport à leurs propres intérêts⁸⁰⁶, mais seraient amenés à considérer leurs homologues. Le système de filtrage des recours introduirait avec souplesse la possibilité pour les juges de prévenir toute hypothèse de conflit de compétence ou de jurisprudence, notamment en matière de droits fondamentaux. Ainsi ne s'agirait-il plus de chercher à développer sa propre compétence contre celles des autres, mais en combinaison avec celles des autres. Le Conseil constitutionnel français l'a d'ailleurs vraisemblablement compris, puisqu'il tend à autoréguler sa compétence en respectant les autres juges.

§2. L'autorégulation des juges fondée sur le respect mutuel : l'exemple du Conseil constitutionnel français

874. Comme nous l'avons déjà souligné⁸⁰⁷, le Conseil constitutionnel français a adopté une série de décisions en 2004 qui a renouvelé sa considération pour le droit communautaire⁸⁰⁸. Pourtant, au moins pour la première (décision n° 2004-496 DC), la question du droit communautaire n'était nullement invoquée⁸⁰⁹. Il n'avait donc pas besoin de se prononcer en la matière, et encore moins aussi profondément. Dès lors, le renouvellement du fondement de l'introduction du droit communautaire dans l'ordre

⁸⁰⁵ G. GUILLAUME, « Conclusions générales » in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, op. cit., p. 224.

⁸⁰⁶ Pour une approche néo-fonctionnaliste du comportement des juges nationaux (fondée sur les intérêts des juges), se référer à W. MATTLI et A.-M. SLAUGHTER, « *The Role of National Courts in the Process of European Integration : Accounting for Judicial Preferences and Constraints* » in A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET et J.H.H. WEILER, *The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence (Legal Change in Its Social Context)*, op. cit., pp. 253-276.

⁸⁰⁷ Voir *supra*, § 167.

⁸⁰⁸ Conseil constit. Français, déc. n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec., p. 101 ; n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, Rec., p. 107 ; et n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec., p. 173, GD n° 51 (13^{ème} éd.).

⁸⁰⁹ À ce sujet, se référer à B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé – À propos de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 », *RFDA*, 2004, pp. 651-661, p. 651.

juridique français, la déduction de l'« exigence constitutionnelle » de transposer les directives communautaires, et l'affirmation de la compétence naturelle de la Cour de justice pour contrôler ces directives apparaissent comme les indices d'une démarche à la fois anticipative et pacificatrice, si illustrative de notre propos que l'explication de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français l'épuisera⁸¹⁰.

875. D'abord, le Conseil a vraisemblablement souhaité « se situer [...] dans le débat juridique »⁸¹¹ que le traité établissant une Constitution pour l'Europe, de nouveau ambitionné⁸¹², ne devait pas manquer d'initier. Aussi a-t-il rendu sa décision n° 2004-496 DC seulement quelques jours avant l'approbation de la version définitive du traité au Conseil européen de Bruxelles des 17 et 18 juin 2004⁸¹³. D'ailleurs, le message pouvait s'adresser aussi bien aux instances communautaires qu'à l'État français. En effet, le juge constitutionnel a pu comprendre les potentialités du rôle qu'il peut jouer en matière internationale, à l'instar de ses homologues allemands et italiens⁸¹⁴, comme le laisse entendre, par la suite, la présence d'un extrait de commentaire sur un arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande au sein du dossier documentaire de la décision n° 2004-505 DC⁸¹⁵.

876. Ensuite, sa décision n° 2004-505 DC témoigne assurément de la volonté du Conseil d'éviter toute déclaration d'inconstitutionnalité susceptible d'être interprétée

⁸¹⁰ Certes, nous pourrions étudier la jurisprudence des juges ordinaires français, d'autant que le Conseil d'État a déjà pu se prononcer au moins indirectement sur la question de la primauté du droit communautaire. (Voir CE, 5 janvier 2005, *M^{elle} Deprez et M. Baillard*, req. n° 257341 et 257534, *Rec.*, p. 1, se référer à B. BONNET, « Le Conseil d'État, la Constitution et la norme internationale », *RFDA*, 2005, pp. 56-66). Néanmoins, il apparaît que, selon les remarques d'un commentateur autorisé, la « discipline » amènera le juge administratif « à prendre en compte la décision n° 2004-505 DC » (B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et la primauté du droit communautaire », *RFDA*, 2005, pp. 239-241, p. 241). En effet, les juges ordinaires sont soumis à l'autorité du Conseil constitutionnel selon l'article 62 de la Constitution. Les juges judiciaires ne devraient donc pas non plus se détacher de la logique posée par le Conseil. Aussi nous semble-t-il plus intéressant de nous concentrer sur l'origine de la question, soit le renouvellement de la jurisprudence constitutionnelle.

⁸¹¹ B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé – À propos de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 », *op. cit.*, p. 661.

⁸¹² Voir *supra*, § 246.

⁸¹³ Certes, comme le contentieux constitutionnel français est enserré dans des délais courts, les possibilités d'utiliser le calendrier sont réduites pour le Conseil constitutionnel. Pourtant, saisi le 18 mai 2004 à la fois par les députés et les sénateurs, il aurait pu se prononcer jusqu'au Conseil européen de Bruxelles. En réalité, le fait que le Conseil s'intéresse au droit communautaire alors que les saisines n'en faisaient nullement mention nous invite à croire que le Conseil a choisi de rendre sa décision suffisamment avant le début du Conseil européen pour que son message ait pu être lu. Voir le texte des saisines disponibles sur Internet : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004496/saisine1.htm>>, et <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004496/saisine2.htm>>.

⁸¹⁴ Voir *supra*, §§ 458 et s.

⁸¹⁵ Dossier documentaire de la déc. n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *Rec.*, p. 173, *GD* n° 51 (13^{ème} éd.), 114 p., p. 32 : « Décision de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 12 octobre 1993, "Maastricht", commentaire de Hugo J. Hahn, *Revue générale de droit international public*, 1994 (1), pp. 107-126 (extraits) ». Dossier documentaire disponible sur Internet : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004505/doc.pdf>>.

comme un conflit avec le droit communautaire⁸¹⁶. Au-delà de la question de la primauté, cette attitude est particulièrement évidente à propos de la protection des droits fondamentaux. En ce sens, le professeur SUDRE dénonce les approximations dont souffre le raisonnement du Conseil constitutionnel à propos de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁸¹⁷. Par exemple, le Conseil estime que la liberté de religion garantie par la Charte est compatible avec la laïcité française puisque la première doit être assimilée à la liberté de religion de l'article 9 de la CESDH⁸¹⁸. Or, cet article est interprété de manière à accepter la laïcité. Le Conseil se réfère dès lors à la jurisprudence de la CEDH dans son visa pour appuyer son raisonnement, mais choisit un arrêt qui n'est pas définitif⁸¹⁹ et trop contextualisé pour que ses propos soient transposables à d'autres situations nationales⁸²⁰. Surtout, le Conseil semble oublier que la jurisprudence européenne est par nature évolutive. Il justifie ainsi son constat de constitutionnalité par des éléments dont il n'est pas sûr de la pérennité, mais ne conditionne nullement la constitutionnalité au maintien de la situation étudiée. Dès lors, aux yeux du professeur SUDRE, le Conseil s'est concentré sur « une lecture "finalisée" de la Charte, visant à aboutir à un constat de compatibilité, au risque de conjuguer silences et imprudences »⁸²¹.

877. La démarche du Conseil constitutionnel comporte assurément des lacunes. Pourtant, la recherche de compatibilité ne procède pas uniquement d'une volonté politique d'ouverture au fait juridique communautaire. Nous pensons que l'ampleur de la révolution juridique envisagée a incité le Conseil à adapter ses positions, spécialement à propos des droits fondamentaux. Avec le traité établissant une Constitution pour l'Europe, la construction communautaire s'engage vers une dimension tout autre, celle de la fédération au sens du professeur SCHMITT⁸²². Certes, le projet n'a pas été adopté, et les

⁸¹⁶ Sur ce point, voir not. É. BRUCE, « La primauté du droit communautaire – Retour sur l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel », *LPA*, 27 septembre 2005, n° 192, pp. 3-10, spéc. pp. 5-6.

⁸¹⁷ F. SUDRE, « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel "sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union". Réflexions critiques », *RFDA*, 2005, pp. 34-39.

⁸¹⁸ Déc. n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *Rec.*, p. 173, *GD* n° 51 (13^{ème} éd.), cons. 18.

⁸¹⁹ Comme le souligne le professeur SUDRE (*op. cit.*, p. 35), l'affaire *Leyla Sahin* ne pouvait pas être considérée comme close puisque la requérante a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre le 27 septembre 2004, et que la demande a été accueillie le 10 novembre 2004. Se prononçant, le 19 novembre 2004, le Conseil aurait dû en tenir compte. Voir CEDH, 29 juin 2004, *Leyla Sahin c/ Turquie*, req. n° 44774/98 ; et l'arrêt de la grande chambre du 10 novembre 2005, §§ 9 et 10.

⁸²⁰ En particulier, voir F. SUDRE, « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel "sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union" », *op. cit.*, pp. 36-37.

⁸²¹ *Ibid.*, p. 34.

⁸²² Se référer à C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, pp. 509-540 ; et à J.-P. FELDMAN, « Un traité peut-il établir une Constitution ? Sur et au-delà de la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 166. À l'instar du professeur FELDMAN, nous pensons que le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'atteint pas le niveau du pacte fédératif. En particulier, nous notons que ce projet n'a pas pour objet de prévoir « la possibilité d'une guerre fédérative » s'accompagnant d'un renoncement des membres au *jus belli* ou à l'autodéfense (C. SCHMITT, p. 517). Toutefois, l'approfondissement politique de l'engagement fait dépasser l'Union européenne du stade de l'association économique non fédérative, pour la rapprocher de la fédération qui « vise à maintenir l'existence politique de tous les membres dans le cadre de la fédération » (C. SCHMITT, resp. p. 511 et p. 515).

décisions n° 2004-496 et 497 DC ne concernent pas le droit communautaire révolutionné. Toutefois, nous estimons que la perspective du projet a engendré une prise de conscience du Conseil qu'il n'était seul ni au sein de la construction communautaire, ni vis-à-vis de la protection des droits fondamentaux communautaires. Au contraire, plusieurs indices témoignent qu'il a non seulement cherché à répondre favorablement au dialogue des juges mené par la Cour de justice (A), mais encore qu'il a compris que la *communautarité* surjective résultait de la combinaison des mises en œuvres nationales (B).

A. La loyauté envers les juges de la communautarité endogène

878. Parce que le Conseil constitutionnel s'appuie désormais sur une disposition spécifique de la Constitution pour aborder la construction communautaire (l'article 88-1), il a compris que le pouvoir constituant français avait, depuis 1992, souhaité développer un ordre juridique communautaire spécifique. Les institutions nationales, dont il fait partie, doivent ainsi le respecter et même le promouvoir. Par ailleurs, si la Cour de justice a affermi l'ordre juridique communautaire, elle a voulu respecter les souverainetés nationales⁸²³. Le développement de la protection des droits fondamentaux communautaires en constitue une illustration manifeste : elle se fonde sur les traditions constitutionnelles communes aux États membres. En particulier, la Cour de justice a montré qu'elle entendait ne pas porter atteinte aux droits nationaux puisqu'elle s'en inspire pour construire la protection des droits fondamentaux communautaires⁸²⁴. Le Conseil constitutionnel se devait donc d'être non seulement fidèle au pouvoir constituant dont il procède, mais encore loyal vis-à-vis de la Cour de justice apparemment si soucieuse du respect mutuel.

879. Dans sa décision n° 2004-505 DC, le Conseil constitutionnel adapte ainsi son comportement. Il tend à éviter le constat d'inconstitutionnalité pour répondre positivement au dialogue des juges entrepris par la Cour de justice à propos des droits fondamentaux. Pour montrer qu'il reçoit désormais pleinement le droit communautaire tel que développé par la Cour, il s'approprie les outils élaborés par celle-ci pour la protection des droits fondamentaux communautaires. Cette appropriation est en outre respectueuse de la logique de la Cour. En effet, le Conseil tire les conséquences de l'articulation des droits de la CESDH avec les PGDC, et se montre particulièrement sensible au principe des traditions constitutionnelles communes aux États membres.

880. D'une part, le Conseil constitutionnel appréhende les droits fondamentaux communautaires de la Charte au regard de l'interprétation des droits européens correspondants. La démarche est tout à fait identique à celle de la Cour de justice⁸²⁵. Elle est d'ailleurs à ce titre confirmée par la Charte elle-même. Le Conseil ne fait pas que le

⁸²³ Voir *supra*, §§ 440 et s.

⁸²⁴ Voir *supra*, §§ 308 et s.

⁸²⁵ Voir *supra*, §§ 710 et s.

rappeler en ses considérants 16 et 17. Il en tire les conséquences qui s'imposent par le syllogisme percutant du considérant 18 : si la liberté de religion communautaire doit s'interpréter comme la liberté de religion européenne, et si la liberté de religion européenne est, du fait de la jurisprudence européenne, compatible avec la liberté de religion française comprenant la laïcité, alors la liberté de religion communautaire est compatible avec la liberté de religion française comprenant la laïcité. Évidemment, le Conseil se fonde de manière contestable sur l'arrêt non définitif *Leyla Sahin* de la CEDH⁸²⁶. Néanmoins, la démarche emporte un message important : le juge prend dorénavant acte des jurisprudences communautaires, et par là européennes.

Une telle attitude d'ouverture aux juges de l'Europe n'est certainement pas nouvelle. Le professeur DE MONTALIVET a notamment pu déceler dans l'élaboration des objectifs de valeur constitutionnelle, la volonté du Conseil de répondre aux objectifs d'intérêt général existants dans la jurisprudence communautaire⁸²⁷. L'influence du droit communautaire est en tout cas d'autant plus probable⁸²⁸, que les objectifs communautaires répondent au même souci d'organiser la mise en œuvre des droits fondamentaux que les objectifs du Conseil⁸²⁹. Il apparaît en outre que le droit européen et en particulier la jurisprudence de la CEDH, ont une incidence au moins diffuse en droit constitutionnel français⁸³⁰. Dès lors, le Conseil constitutionnel a simplement officialisé une démarche latente, mais l'officialisation marque une étape essentielle dans les relations entre le droit communautaire et le droit constitutionnel français.

881. D'autre part, le Conseil constitutionnel semble vouloir respecter la logique profonde des PGDC, en ce que leurs sources d'inspirations nécessitent une certaine communautarisation avant d'intégrer l'ordre juridique communautaire. Le syllogisme précité comprend une réflexion déterminante en ce sens :

« l'article 9 de la Convention a été constamment appliqué par la Cour européenne des droits de l'homme, et en dernier lieu par sa décision susvisée, en harmonie avec la tradition constitutionnelle de chaque Etat membre »⁸³¹.

Le Conseil recourt ici à un concept communautaire pour évaluer la compatibilité du droit européen au droit national : les traditions constitutionnelles communes aux États membres. Certes, il emploie l'expression au singulier, ce qui pourrait induire l'existence d'un autre concept ; le cas échéant, la filiation ne pourrait toutefois être niée. Cependant, le complément du nom utilisé par le Conseil révèle une similarité de fond : en désignant

⁸²⁶ Voir *supra*, § 876.

⁸²⁷ P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2006, 680 p., §§ 68 et s., pp. 47 et s.

⁸²⁸ *Ibid.*, §§ 268-269, pp. 152-153.

⁸²⁹ *Ibid.*, §§ 744 et s., pp. 432 et s.

⁸³⁰ À propos de l'influence probable de la théorie des sphères allemande, reprise par la CEDH, en droit constitutionnel français, qu'il nous soit permis de renvoyer à notre contribution sur « L'inviolabilité du domicile "privé" dans la décision n° 2004-492 DC du Conseil constitutionnel français : Mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la "théorie des sphères" », *CDE*, 2004, n°s 1-2, pp. 157-195, spéc., §§ 55-59, pp. 191-194.

⁸³¹ Déc. n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *Rec.*, p. 173, *GD* n° 51 (13^{ème} éd.), cons. 18. Nous soulignons.

chaque État membre, ne vise-t-on pas tous les États membres ? Le changement de mots emporte néanmoins une nuance. Les traditions constitutionnelles ne doivent pas, selon le Conseil, être envisagées globalement quitte à n'en retirer qu'une ligne conductrice ou même uniquement la tradition utile au droit communautaire⁸³². Elles doivent au contraire être toutes considérées « en particulier »⁸³³. Le Conseil entreprend donc de vérifier que la liberté de religion européenne est vraiment compatible avec la logique communautaire, en utilisant, pour ce faire, les outils élaborés par la Cour de justice. Il se permet toutefois d'intégrer sa propre vision des choses pour en préciser le contenu. Le Conseil agit ainsi tel un véritable juge communautaire, et s'empare du rôle que le juge constitutionnel peut jouer en matière internationale⁸³⁴, comme l'a déjà fait le juge constitutionnel fédéral allemand, pour orienter l'engagement communautaire. Sous cet angle, la présence d'un extrait de commentaire sur la décision *Maastricht* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande au sein du dossier documentaire de la décision n° 2004-505 DC du Conseil constitutionnel français ne peut plus passer inaperçue. Le droit comparé, ou du moins le comportement des autres juges de la *communautarité* surjective, l'inspire.

B. La considération des autres juges de la communautarité surjective

882. Même si le droit comparé ne « s'impose [toujours pas] comme le dernier cri de la mode féminine lancé dans les collections de printemps » selon la remarque du doyen VEDEL⁸³⁵, le doyen FAVOREU nous a convaincu que « la *dimension* du droit constitutionnel a changé » pour laisser place à « un raisonnement de fond et des techniques utilisés dans les divers pays dans une perspective [... d'] entrecroisements et interpénétrations »⁸³⁶. Vraisemblablement les membres du Conseil constitutionnel en sont également devenus convaincus, mais ils en sont à leurs premiers babutiements.

883. Si le dossier documentaire de la décision n° 2004-505 DC du Conseil constitutionnel français s'est ouvert à la jurisprudence constitutionnelle fédérale allemande, nous ne pouvons qu'être frappée de la désuétude de la référence. En effet, l'extrait du commentaire est relatif à la décision *Maastricht* du 12 octobre 1993⁸³⁷, alors que cette décision a été réinterprétée ultérieurement par la Cour constitutionnelle fédérale

⁸³² Voir *supra*, §§ 475 et 476.

⁸³³ En ce sens, se référer à M. GREVISSE, *Le bon usage – grammaire française*, Paris, Gembloux, éd. Duculot, 12^{ème} éd., 1986, 1768 p., § 611, pp. 977-978, p. 977.

⁸³⁴ Voir *supra*, §§ 458 et s.

⁸³⁵ G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, pp. 79-97, § 24, p. 96 cité par M.-C. PONTTHOREAU, « Le recours à "l'argument de droit comparé" par le juge constitutionnel – Quelques problèmes théoriques et techniques » in F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, 248 p., pp. 167-190, p. 168.

⁸³⁶ L. FAVOREU, « Préface à la première édition » in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, op. cit., pp. V-X, p. VI. Sur ce point, voir également A. BARAK, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *RFDC*, 2006, pp. 227-302, pp. 276-277.

⁸³⁷ Le dossier documentaire fait référence à : « Décision de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 12 octobre 1993, "Maastricht", commentaire de Hugo J. Hahn, *Revue générale de droit international public*, 1994 (1), pp. 107-126 (extraits) ».

allemande elle-même⁸³⁸. Une controverse était en effet née. En particulier ont émergé des doutes quant à la remise en question de la jurisprudence dite *Solange II* du 22 octobre 1986, conciliante avec le droit communautaire et spécialement ses droits fondamentaux⁸³⁹. Sans rentrer dans les détails, la décision *Maastricht* tendait à fonder la suprématie de l'ordre juridique allemand de manière assez contradictoire avec la décision de 1986⁸⁴⁰. D'ailleurs, l'extrait cité dans le dossier documentaire de la décision n° 2004-505 DC y fait au moins indirectement référence puisqu'il explique qu'« on a l'impression que la Cour a voulu se ménager une porte de sortie plus large ». Face à ces interrogations, le Tribunal administratif de Francfort saisit la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Celle-ci rendit un arrêt le 7 juin 2000 qui avait essentiellement pour objet de dissiper les doutes en réaffirmant le principe de la jurisprudence *Solange II*⁸⁴¹. La démarche de la Cour était alors éminemment centrée sur la volonté rassurante à l'attention de la Cour de justice.

Mais le Conseil constitutionnel français, ou du moins ses services, n'en ont pas tenu compte dans l'élaboration du dossier documentaire. Cela est en outre d'autant plus surprenant que la décision en question datait de pratiquement quatre ans, tandis que la référence à la jurisprudence de la CEDH (arrêt *Leyla Sahin*) de quelques mois antérieure aurait dû être remplacée par une référence à un arrêt plus ancien car plus général selon le professeur SUDRE⁸⁴².

884. La démarche méthodologique du Conseil apparaît ainsi incohérente et, en tout cas, peu respectueuse de la jurisprudence constitutionnelle allemande. En effet, comme le souligne le professeur ZIMMER :

« La décision [du 7 juin 2000] comporte, en fait, une renonciation à faire du modèle allemand des droits fondamentaux le modèle de référence en la matière au niveau communautaire » dans le but implicite de « contribuer à l'instauration d'une communauté de droit européen [... qui] suppose une

⁸³⁸ Cour constit. fédérale allemande, 7 juin 2000, *Réglementation communautaire du marché de la banane*, 2 BvL 1/97, affaire dite *Solange III* pour W. ZIMMER, « De nouvelles bases pour la coopération entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice de Luxembourg (à propos de BVerfGE, 7 juin 2000, *Solange III*) », *Europe*, 2001, n° 3, pp. 3-6 ; mais qualification contestée par C. GREWE, « Le "traité de paix" avec la Cour de Luxembourg : l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane », *RTDE*, 2001, pp. 1-17, p. 15 : « le temps d'un *Solange III* annonçant la disparition totale de la compétence de la juridiction constitutionnelle allemande n'est pas advenu ».

⁸³⁹ Voir *supra*, § 315.

⁸⁴⁰ En ce sens, voir W. ZIMMER, « De nouvelles bases pour la coopération entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice de Luxembourg », *op. cit.*, p. 5.

⁸⁴¹ À ce sujet, se référer not. à C. GREWE, « Le "traité de paix" avec la Cour de Luxembourg : l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane », *op. cit.* ; à J. CALLEWAERT, « Les droits fondamentaux entre cours nationales et européennes - Observations sous Cour constitutionnelle allemande (2^{ème} chambre) 7 juin 2000 (2 BvL 1/97) », *RTDH*, 2001, pp. 1183-1205 ; ou encore à W. ZIMMER, « De nouvelles bases pour la coopération entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice de Luxembourg (à propos de BVerfGE, 7 juin 2000, *Solange III*) », *op. cit.*

⁸⁴² F. SUDRE, « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel "sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union". Réflexions critiques », *op. cit.*, pp. 37-38.

unité du droit que la mise en avant, par chacun des États membres, de ses particularismes juridiques rendrait tout simplement impossible »⁸⁴³.

Or, nous avons vu que le Conseil constitutionnel français tendait plutôt à valoriser une vision individualisante des traditions constitutionnelles communes aux États membres. La démarche serait alors contradictoire, et l'utilisation du droit comparé pourrait apparaître trop orientée et incorrecte.

885. Pourtant, avec le recul, nous pensons que ce constat doit être relativisé. Le Conseil a voulu utiliser un outil pour lequel il manquait vraisemblablement d'expérience. Et il a fait des erreurs. Celles-ci ne doivent toutefois pas cacher l'aspect positif de l'initiative : en s'intéressant aux droits des autres États membres, le Conseil ne fait pas simplement acte de droit comparé, il accepte d'envisager l'entière du droit communautaire. La lecture des dossiers documentaires des décisions du Conseil, lorsqu'ils sont accessibles sur Internet, est à ce titre révélatrice. Avant la rupture jurisprudentielle de 2004, aucune mention n'était faite aux droits des autres États membres de la construction communautaire lorsque le Conseil était saisi de lois de transposition de directives⁸⁴⁴. À l'inverse, le dossier documentaire de la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006⁸⁴⁵ comprend un tableau de comparaison des transpositions de la directive en cause particulièrement riche : pour chacun des quinze États membres au moment de l'adoption de la directive, plusieurs éléments sont envisagés transversalement. Dès lors, la rupture de 2004 est consommée⁸⁴⁶. Le Conseil tire les conséquences de la substitution de fondement à la construction communautaire. Il envisage désormais le droit communautaire en son entier et dans toute sa spécificité.

⁸⁴³ W. ZIMMER, « De nouvelles bases pour la coopération entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice de Luxembourg (à propos de BVerfGE, 7 juin 2000, Solange III) », *op. cit.*, p. 6.

⁸⁴⁴ Nous reprenons la liste des décisions élaborée par le professeur MAGNON, et remarquons que le dossier documentaire n'est actuellement diffusé sur Internet que pour la dernière : Conseil constit., déc. n° 78-100 DC, du 29 décembre 1978, *Dernière loi de finances rectificative pour 1978 (prise de participation de l'Etat dans la société A.M.D. - BA ; adaptation de la législation sur la T.V.A. à la sixième directive du Conseil des Communautés européennes)*, RJC, p. I-65 ; n° 90-283 DC, du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, RJC, p. I-417 ; n° 94-348 DC, du 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes*, RJC, p. I-602 ; n° 96-383 DC, du 6 novembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, RJC, p. I-686 ; n° 98-400 DC, du 20 mai 1998, *Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales*, Rec., p. 251 ; et n° 2000-441 DC, du 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*, Rec., p. 201.

Voir X. MAGNON, « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire », *Europe*, 2004, n° 8/9, pp. 6-12, p. 6, note n° 8.

⁸⁴⁵ Conseil constit., déc. n° 2006-540 DC, du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, JORF, du 3 août 2006, p. 11541.

⁸⁴⁶ Cette remarque est d'ailleurs tout à fait compatible avec les propos du professeur VIDAL-NAQUET : l'évolution des visas que le Conseil constitutionnel intègre volontairement dans ses décisions témoigne de son ouverture aux autres juges, communautaire et européen d'une part, et ordinaires d'autre part. Se référer à A. VIDAL-NAQUET, « Les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2006, n° 67, pp. 535-570, spéc. pp. 567-569.

Notamment, il ne néglige plus la sphère de *communautarité* surjective à laquelle il appartient, mais au sein de laquelle il n'est pas seul. Le Conseil s'ouvre alors au droit comparé dans la mesure où il est rendu nécessaire par le droit communautaire, au prix de quelques balbutiements initiaux.

886. En réalité, cette démarche nous semble opportune à deux niveaux. D'un côté, elle correspond tout à fait à notre vision de la *communautarité* surjective, en outre promue par les efforts de formation des juristes nationaux au droit des autres États membres par les institutions communautaires⁸⁴⁷. De l'autre, elle permet d'accompagner le développement de la conscience communautaire et comparatiste des juges nationaux, notamment constitutionnels, des nouveaux États membres de l'Union. Du fait que « les juges constitutionnels des États post communistes sont pour la plupart des universitaires ayant étudié à l'étranger »⁸⁴⁸, ils seront « probablement plus naturellement amené[s] à examiner les solutions étrangères et à introduire dans [leur] raisonnement justificatif un tel argument »⁸⁴⁹. Aussi les juges constitutionnels des nouveaux membres de l'Union sont-ils susceptibles d'être les plus sensibles au fait que la mise en œuvre du droit communautaire ne peut qu'être multinationale. En cela, ils seraient mieux à même de s'extraire des réflexes « statocentrés » et, par là, d'approfondir la construction communautaire. Face au risque d'être dépassé au point de cantonner la France au rang des vieux États membres qui n'ont pas su évoluer, le Conseil constitutionnel français devait ainsi renouveler ses méthodes de travail, au moins pour ce qui concerne le droit communautaire.

887. En définitive, la conscience de la relativité du droit, et spécialement du droit communautaire, pénètre le juge constitutionnel français. Il agit désormais en considérant les juges avec lesquels il doit compter pour la garantie de la *communautarité*, aussi bien endogène que surjective. Il respecte leurs différences, de la même manière, probablement, qu'il entend que ces autres juges respectent les propres spécificités de l'ordre constitutionnel français. De ce respect mutuel est susceptible de naître une collaboration implicite, rendue nécessaire par la relativité des liens qui unissent les ordres juridiques communautaire et nationaux, à la fois entre la Cour de justice et les juges nationaux, mais également horizontalement entre les juges nationaux eux-mêmes⁸⁵⁰. L'évolution des mentalités constatable ouvre alors la voie à la concrétisation des changements structurels opérés par le traité de Nice.

888. Conclusion du chapitre second. En attendant les révolutions envisagées par le traité établissant une Constitution pour l'Europe, des évolutions de la protection

⁸⁴⁷ Voir *supra*, §§ 848-849.

⁸⁴⁸ M.-C. PONTTHOREAU, « Le recours à "l'argument de droit comparé" par le juge constitutionnel – Quelques problèmes théoriques et techniques », *op. cit.*, p. 182.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 183.

⁸⁵⁰ À propos du dialogue des juges horizontal, voir A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET et J.H.H. WEILER, *The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence (Legal Change in Its Social Context)*, *op. cit.*, prologue pp. xii-xiii.

des droits fondamentaux communautaires sont possibles. Leur faisabilité a d'ailleurs été largement facilitée par le traité de Nice. En effet, ce texte opère des transformations de la justice communautaire de manière à en faciliter le fonctionnement. Des chambres juridictionnelles spécialisées sont prévues d'être créées en fonction des besoins ; et il est décidé que le TPICE pourra acquérir la plupart des compétences jusque-là conférées à la CJCE. Cette redistribution des compétences ambitionne en fait d'alléger le rôle de la Cour, mais prête attention à ne pas surcharger en conséquence celui du Tribunal. L'objectif implicite réside assurément dans la volonté de permettre l'effectivité du droit au recours dont celui des personnes physiques ou morales.

Les améliorations de la justice communautaire ne peuvent toutefois pas se contenter de toucher les juges de la *communautarité* endogène. Les juges nationaux doivent en effet être associés, en tant que juges de la *communautarité* surjective, aux évolutions entreprises. Comme ils demeurent également des juges nationaux, les institutions communautaires ne peuvent toutefois exercer qu'une influence limitée. En particulier, la Commission européenne a pu œuvrer pour inciter à la formation des juristes, et spécialement des juges au droit communautaire, ainsi qu'aux droits des autres États membres. Des progrès ont de ce fait été réalisés ; ils mériteraient d'être soutenus. L'argument financier semble néanmoins souvent plus convaincant aux yeux des États, en outre soumis aux contraintes budgétaires liées à la zone euro. La reconnaissance, par la Cour de justice, de la responsabilité de l'État du fait de ses juridictions devrait néanmoins y remédier : quoi de plus efficace qu'un argument financier pour contrer un autre argument financier... En tout cas, les États ne peuvent légitimement pas ignorer les conséquences inéluctables des évolutions de la justice communautaire qu'ils ont eux-mêmes décidées.

889. Conclusion du titre second de la seconde partie. Les évolutions de la justice communautaire pourront certainement en améliorer le fonctionnement au bénéfice des justiciables. Les évolutions trouvent toutefois leurs limites dans leur objet : elles ne peuvent que déployer un système, mais pas le transformer au point de toucher à ses fondements. Des révolutions sont alors indispensables. Notamment, pour ce qui concerne le droit communautaire, il est nécessaire de transformer la place de l'individu dans l'architecture communautaire avant d'élargir ses possibilités d'introduire un recours. De la même manière, l'enracinement des droits fondamentaux n'est possible qu'à condition de les intégrer aux fondements de la construction communautaire. Or, ces deux révolutions sont justement envisagées dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe, essentiellement en ce qu'il incorpore la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ainsi l'adhésion de l'Union à la CESDH est-elle notamment prévue, et la recevabilité des recours en annulation introduits par les particuliers élargie. Le fait que le traité soit actuellement en panne politiquement ne doit toutefois pas faire perdre tout espoir d'amélioration de la protection des droits fondamentaux communautaires. Des évolutions sont envisageables, et le sont d'une manière d'autant plus prometteuse que les évolutions ont jusqu'alors permis à la Cour de justice de fonder non seulement l'existence des droits fondamentaux communautaires et de leur protection, mais encore d'en développer la teneur.

890. Conclusion de la seconde partie. Face à un fondement équivoque de la protection des droits fondamentaux communautaires, la Cour de justice a su, en somme, en optimiser les possibilités. Non seulement elle en a exploité les éléments, mais encore elle a suggéré des évolutions et des révolutions profitables aux droits fondamentaux.

D'une part, elle a adopté une pratique constructrice en développant la protection des droits fondamentaux communautaires en ses deux aspects. Les droits fondamentaux ont été étoffés au point que les droits procéduraux et les droits économiques et sociaux ne sont plus les seuls droits fondamentaux communautaires, même s'ils en constituent, au moins numériquement, la part essentielle. En outre, la garantie des droits a été optimisée à mesure du développement du dialogue des juges entrepris par la Cour de justice avec ses homologues concernant la protection des droits fondamentaux en Europe. Les hypothèses de conflit avec la CEDH nous sont alors apparues fort limitées, en tout cas, trop exagérées par une partie de la doctrine.

D'autre part, consciente des limites de sa légitimité, la Cour de justice a pu suggérer des perspectives constructives pour soutenir ses efforts. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe comprend d'ailleurs les révolutions majeures nécessaires pour l'amélioration substantielle de la protection des droits fondamentaux communautaires : l'insertion des droits fondamentaux au sein des fondements de la construction communautaire, de manière à conférer à la Cour de justice une légitimité pleine en la matière ; et l'adaptation de la place de l'individu en cohérence avec l'approfondissement de la construction, de manière à clarifier sa situation contentieuse. En attendant, des évolutions demeurent toutefois possibles, mais leur réussite est conditionnée à l'adaptation corrélative des mentalités, en particulier des juges. La Cour de justice ne peut en effet pas tout changer si elle n'est pas suivie par les juges nationaux. Du fait des caractères de la procédure préjudicielle, les juges de la *communautarité* endogène ont effectivement besoin de l'assentiment global des juges de la *communautarité* surjective pour que la jurisprudence communautaire soit effective. À ce sujet, nous avons au demeurant constaté que le Conseil constitutionnel français, pourtant si longtemps réfractaire à tenir compte des spécificités du droit communautaire, avait adapté sa jurisprudence aux originalités et exigences du droit communautaire. En ce sens, quelle que soit l'issue du traité établissant une Constitution pour l'Europe, sa préparation aura été bénéfique, car elle a constitué un stimulant formidable à la prise de conscience de l'essence du droit communautaire. Sa ratification demeure toutefois, pour les raisons évoquées, plus que souhaitable.

CONCLUSION

« Je me suis rencontré entre les deux siècles comme au confluent de deux fleuves ; j'ai plongé dans leurs eaux troublées, m'éloignant à regret du vieux rivage où j'étais né et nageant avec espérance vers la rive inconnue où vont aborder les générations nouvelles ».

François René, vicomte de CHATEAUBRIAND, *Les Mémoires d'outre-tombe*, 1848-1850, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1957, extrait de la *Préface testamentaire*, tome I, pp. 1045-1047, 3 L43 Chapitre 8, « Récapitulation de ma vie ».

891. « Car l'Europe demeure une aventure humaine, vivante, unique dans l'histoire »¹, elle focalise les attentions et les méfiances, la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires qui en découle également. Pourtant, cette garantie est mal appréhendée : la plupart du temps, elle est appréciée au regard des mécanismes nationaux, et critiquée pour ne pas atteindre leurs niveaux alors que, parallèlement, l'idée que l'Europe devienne un État demeure controversée. En tout cas, la construction communautaire n'a pas engendré d'État. Il paraît donc paradoxal d'attendre d'un non-État le comportement d'un État. En outre, la critique de la garantie des droits fondamentaux communautaires oscille entre deux tendances contradictoires. D'une part, elle dénonce les insuffisances de la protection par rapport, au moins implicitement, aux solutions étatiques. D'autre part, elle condamne une protection envahissante susceptible de concurrencer, voire de prévaloir, les garanties nationales, ce qui n'est certes pas sans générer complexité et incohérences du point de vue du justiciable. L'attitude des États membres ne simplifie d'ailleurs pas la lecture du système. Par exemple, s'ils ont proclamé la Charte des droits fondamentaux communautaires en reconnaissant le besoin d'améliorer la protection de ces droits, ils ne lui ont conféré aucune valeur juridique contraignante paralysant, par là, les effets escomptés pour l'amélioration requise.

892. Afin de dissiper les incohérences, il devient en fait nécessaire de dépasser l'apparente unité pour accepter la multiplicité constitutive de la construction communautaire. Parce que cette construction est le résultat de la conjonction de plusieurs, et d'aujourd'hui vingt-cinq, volontés étatiques, elle ne peut se résumer à une seule ou à quelques-unes. Elle ne peut alors pas être comprise comme le résultat d'une influence mono-étatique. En cela, la notion de « Communauté de droit » ne doit pas être définie en relation avec le concept existant en droit national : bien qu'elle ne soit pas totalement étrangère à ces « structures de droit », elle n'est la copie conforme ni de l'État de droit, ni du *Rechtsstaat*, ni de la *Rule of law*. Toutefois, la difficulté principale provient certainement du fait que les États membres n'ont pas forcément confronté leurs conceptions, cherchant parfois l'évitement des conflits par le silence. Ils ont alors renvoyé le soin de combler les interstices à celles directement confrontées à ce besoin pour agir : les institutions communautaires et, en particulier, celle chargée de dire le droit, la Cour de justice.

¹ R. BADINTER, *Une Constitution européenne*, Paris, Fayard, 2002, 180 p., p. 43.

893. Alors que les traités initiaux n'évoquaient nullement la problématique des droits fondamentaux, l'action de la Cour de justice a été déterminante pour la construction des droits fondamentaux communautaires. En réalité, elle y a été incitée par certaines juridictions étatiques qui ont compris le rôle qu'elles jouent en matière internationale dans la préservation de la souveraineté nationale de l'État dont elles procèdent. Consciente de ce rôle et surtout de la dépendance de l'ordre juridique communautaire vis-à-vis des normes nationales de concrétisation, la Cour de justice ne pouvait pas risquer de mettre en danger les acceptations nationales, encore fragiles, au droit communautaire. Elle a donc reconnu l'existence des droits fondamentaux communautaires par l'intermédiaire du seul outil le lui permettant dans le contexte du silence des textes : les PGDC. En rassurant certaines juridictions nationales inquiètes de la protection des droits de l'être humain en général, elle posa ainsi la première pierre d'un édifice devenu imposant.

894. Par la suite, les droits fondamentaux communautaires se sont multipliés à mesure du développement et de l'approfondissement de la construction communautaire. Les droits procéduraux, indéniablement nécessités par l'activité potentiellement punitive de la Commission européenne, ont été complétés par d'autres droits plus substantiels. Si les premiers demeurent les principaux, au moins en terme d'emprise numérique comme ont pu le montrer nos tendances chiffrées, les seconds révèlent le changement qualitatif qu'a connu la protection des droits fondamentaux. Ce changement a en fait accompagné la transformation de la situation de l'individu au sein de la construction communautaire. Au départ extérieur à l'engagement de Rome, l'individu a dorénavant acquis la citoyenneté de l'Union européenne. Les termes ne doivent toutefois pas induire en erreur, l'individu demeure médiatisé par l'État dont il est d'abord le citoyen. Les souverainetés nationales n'ont en effet pas engendré d'État communautaire.

895. Par suite, la Cour de justice s'est trouvée dans une situation ambiguë. D'une part, elle a été enjointe de protéger *suffisamment* les droits fondamentaux au risque de perdre la confiance des juges nationaux pourtant nécessaire pour l'effectivité des normes communautaires et, à terme, pour la validité de l'ordre juridique communautaire en son entier. D'autre part, elle a été confrontée à la persistance du silence des pouvoirs politiques étatiques signant et ratifiant les traités. Jusqu'en 1992, se posait dès lors la question de la légitimité de la Cour de justice à développer un élément non prévu dans les textes, et donc à transformer l'engagement communautaire qu'elle doit pourtant respecter. Ensuite, si le traité de Maastricht codifia sa pratique des PGDC en matière de droits fondamentaux, cela signifiait également que les États n'entendaient pas qu'elle dépassât sa pratique. La prudence lui prescrivait alors de ne pas aller trop loin. Notamment, elle ne fit pas des droits fondamentaux un caractère de la Communauté de droit ; cela l'aurait entraînée vers la définition des fondements de la construction communautaire qui ne relève normalement que de la compétence de la « puissance constitutive » communautaire. Or, soucieuse de son obédience envers les souverainetés nationales conjuguées au sein de cette « puissance constitutive », la Cour n'a jamais voulu s'engager dans une telle voie. Les solutions de nombreuses lacunes de la garantie des droits fondamentaux communautaires lui échappent donc. Elle se permet cependant,

à l'intention de la « puissance constitutive », d'en souligner les déficiences, et de proposer les remèdes qu'elle pense les plus adéquats.

896. En l'absence de réponse suffisante de la « puissance constitutive » communautaires, les lacunes de la protection des droits fondamentaux demeurent toutefois. Et le juge ne peut pas révolutionner le système pour y pourvoir. Pourtant obligée de répondre au besoin de droits fondamentaux communautaires exprimé par les justiciables, la Cour de justice cherche alors à optimiser le système tel qu'il existe, dans la mesure où sa légitimité le lui permet.

En particulier, la Cour tend à responsabiliser les États de leur pratique du droit communautaire. Puisqu'ils maintiennent leurs citoyens dans une situation médiate, et qu'ils ne leur attribuent de ce fait pas un droit au recours complet devant le juge communautaire, la Cour de justice s'intéresse à la situation des individus face à la norme nationale de concrétisation de la norme communautaire. Aussi renforce-t-elle son contrôle de la mauvaise transposition du droit communautaire empêchant l'individu d'accéder au juge national faute de norme nationale. Elle dégage ainsi les potentialités du recours en manquement sur manquement longtemps négligé. En outre, elle envisage dorénavant de manière globale la mise en œuvre nationale du droit communautaire en reconnaissant l'État responsable de ses juridictions. En somme, comme elle ne peut pas elle-même systématiquement protéger les droits que les individus tirent du droit communautaire, elle vérifie que ces derniers sont en mesure d'invoquer une norme nationale de transposition, et que le juge national n'élude pas irrégulièrement leur prétention. Elle renforce donc la garantie des normes communautaires et, par ricochet, des droits fondamentaux communautaires.

Par ailleurs, le développement de la garantie des droits fondamentaux communautaires n'est pas sans compliquer la protection des droits de l'homme en Europe : « cumul de protection » et « imbrication des systèmes »² sont susceptibles d'engendrer certains conflits. Cependant, la Cour de justice a compris le rôle qu'elle peut exercer dans la prévention desdits conflits. En effet, elle développe un dialogue soutenu avec les juges qu'elle côtoie à propos des droits fondamentaux : non seulement les juridictions nationales, tant ordinaires que constitutionnelles, mais également la CEDH. Il s'agit notamment d'éviter les divergences de jurisprudence susceptibles de placer le citoyen dans l'incompréhension, l'embarras ou le déni de justice, contraires à l'esprit du droit au recours. Le résultat nous est apparu satisfaisant.

897. Sa considération pour les autres juges révèle toutefois que la Cour de justice n'est pas la seule responsable de la protection des droits fondamentaux communautaires. Notamment, ceux avec qui elle ouvre la discussion doivent accepter d'y répondre, en outre favorablement, surtout que la garantie des normes communautaires dont font partie les droits fondamentaux dépend tout autant de la Cour de justice que des juridictions nationales. En effet, si la première est garante de la validité des normes purement communautaires, autrement dit de la *communautarité* endogène, les secondes le sont de la validité des normes nationales de concrétisation des normes

² Pour les deux citations, voir V. CORRÉARD, « Constitution européenne et protection des droits fondamentaux : vers une complexité annoncée ? », *RTDH*, 2006, n° 67, pp. 501-529, pp. 503 et 518.

communautaires, c'est-à-dire de la *communautarité* surjective. La pratique du droit communautaire par les juridictions nationales devient alors déterminante. Spécialement, celles-ci participent directement à la protection des droits fondamentaux communautaires par le jeu du renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Or, plusieurs tendances chiffrées ont montré que les juges nationaux pourraient légitimement invoquer plus souvent les droits fondamentaux communautaires dans leurs questions préjudicielles³. Si la Cour de justice ne s'estime pas complètement liée par les termes de ces questions, nous pouvons tout de même penser qu'une invocation plus systématique, plus précise, des droits fondamentaux communautaires par les juges nationaux est susceptible d'amener la Cour à affiner de mieux en mieux la protection des droits communautaires, en particulier par rapport aux autres garanties. Un cercle vertueux de l'utilisation des droits fondamentaux communautaires est latent : une meilleure invocation de ces droits par les requérants (et les juges nationaux) permet à la Cour de justice d'améliorer leur garantie ce qui, par ricochet, invite les requérants à renouveler et surtout approfondir leur invocation. Des exemples, comme l'articulation des protections communautaire, européenne et constitutionnelle de l'inviolabilité du domicile, illustrent que ce cercle devient cependant de moins en moins virtuel.

898. Si l'action de la Cour de justice dépend des affaires qui lui sont soumises, et de la manière dont elles lui sont soumises, l'action des juges nationaux en considération du droit communautaire, et des droits fondamentaux en découlant, résulte pour sa part d'une conjonction de plusieurs facteurs. Le juge doit d'abord bénéficier du temps et des instruments techniques nécessaires pour comprendre, et du coup envisager, l'éventuelle portée de son affaire dans le contexte communautaire. Mais surtout, il doit disposer des connaissances nécessaires pour effectuer une telle opération. La formation des juristes nationaux est donc essentielle. La question des moyens alloués à la justice en général trouve ainsi un écho significatif par rapport au droit communautaire. Les États doivent participer concrètement à la mise en place des éléments conditionnant une pratique du droit communautaire, par les acteurs nationaux, compatible avec les engagements que les États ont eux-mêmes pris au niveau communautaire. Face à un argument budgétaire et financier trop souvent formulé sous forme d'échappatoire, les institutions communautaires tendent alors à développer des contre-mesures financières : non seulement nous retrouvons ici l'intérêt de sanctionner l'État du fait des erreurs de ses juges notamment parce que mal formés au droit communautaire, mais encore il s'agit d'encourager les initiatives tendant à renforcer l'enseignement du droit communautaire à l'intention des juges. La démarche s'oriente en somme de plus en plus vers un pragmatisme constructif.

899. La mise en œuvre la plus équilibrée possible de la protection des droits fondamentaux communautaires ne peut cependant pas annihiler complètement l'équivoque qui se dégage du fondement de cette protection. La Cour de justice ne

³ De la même manière, d'autres tendances chiffrées dévoilent que les institutions communautaires, et la Commission en particulier, ne se réfèrent pas assez aux droits fondamentaux, alors même qu'ils sont considérés comme étant en cause au sein du *Recueil de jurisprudence de la Cour*. Certes, la Commission est censée défendre l'ordre juridique communautaire. Elle agit pourtant en défense de ses décisions devant la Cour, ce qui peut l'amener à négliger certains éléments qui ne lui sont éventuellement pas favorables.

dispose que d'une légitimité limitée y compris à l'endroit des droits fondamentaux. En particulier, comme elle ne peut pas révolutionner le système dont elle procède, elle ne peut transformer ni la place des individus au sein de la construction communautaire, ni la situation des droits fondamentaux par rapport aux fondements de l'ordre juridique communautaire. Dès lors, il lui est impossible de revoir profondément la recevabilité des recours introduits par les particuliers, ou d'accepter, en l'état, l'adhésion de la Communauté ou de l'Union européennes à la CESDH. À notre sens, les critiques dénonçant la Cour de justice sur ces questions apparaissent alors bien déplacées. Elles devraient se réorienter pour critiquer les carences des véritables responsables : les États membres composant la « puissance constitutive » communautaire.

900. Certes, cette « puissance constitutive » a prévu d'effectuer les modifications nécessaires à l'amélioration de la garantie des droits fondamentaux communautaires. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe en témoigne. D'une part, il prévoit l'élargissement de la recevabilité des particuliers pour les actes non législatifs, sachant que la hiérarchie des normes communautaires y est redéfinie. D'autre part, il pose que l'Union européenne devra adhérer à la CESDH, ce qui révèle la nouvelle place des droits fondamentaux au sein des objectifs des traités.

901. Pourtant, ce traité n'est pas en vigueur, plusieurs référendums nationaux l'ayant rejeté. La situation d'enlisement semble d'ailleurs telle que l'on n'hésite plus à parler de véritable « crise »⁴. Pourtant, si la ratification du projet nous paraît souhaitable, cette situation ne doit pas être envisagée uniquement comme un blocage. Elle comporte en effet certains aspects positifs non négligeables.

En premier lieu, parce que son vocabulaire emprunte, quoique de manière contestable, aux champs lexicaux du droit constitutionnel, le traité a singulièrement focalisé l'attention des citoyens. Si « l'adhésion des peuples » « a manqué à l'Europe, depuis la signature du Traité de Rome »⁵ et, au moins pour certains peuples, continue de lui manquer, les débats précédant les référendums négatifs ont constitué la première étape vers une acceptation possible de l'Europe : le début de la connaissance de l'Europe, et surtout de la prise de conscience de son emprise sur le quotidien.

En second lieu, les référendums négatifs nous sont apparus utiles du point de vue des institutions. Ces dernières, ou du moins les États qui financent leur action, ont effectivement compris qu'elles devaient communiquer directement à l'attention des citoyens, et s'intéresser à leurs préoccupations. Pour sa part, la Cour de justice a su moduler ses élans jurisprudentiels à mesure des élans de la « puissance constitutive » montrant, par là, sa capacité à jouer un rôle moteur pour la construction communautaire, tout en respectant son obéissance envers la « puissance constitutive » communautaire.

En définitive, le fait que le traité n'ait pas été ratifié de suite présente certains avantages qui ne pourront cependant pas compenser le besoin d'amélioration de la garantie des droits fondamentaux communautaires.

⁴ Se référer en particulier à P. MAGNETTE, P. MOREAU DEFARGES, K. POMIAN, P. THIBAUD et H. VÉDRINE, « La crise européenne, et après ? », *Le débat*, mai-août 2006, n° 140, pp. 17-65.

⁵ G. ISRAËL, « L'Europe, une conquête des peuples », *RMC*, 1984, pp. 124-128, p. 124.

902. Alors que ce besoin ne doit pas masquer les autres éléments du traité profitables à l'approfondissement de la construction communautaire, voire indispensables à sa pérennité, se pose la question de l'avenir de ce traité. Plusieurs auteurs se figurent « la rive inconnue où vont aborder les générations nouvelles »⁶. Certains envisagent de « remettre le traité constitutionnel à l'ordre du jour en respectant la volonté des électeurs de tous les pays de l'Union »⁷ par l'adjonction d'un protocole. D'autres n'hésitent pas à considérer que le traité n'est plus viable parce qu'il ne l'a jamais été, et proposent d'envisager un nouveau projet que « l'exigence de l'unanimité pour sa ratification » ne viendrait plus vicier⁸. D'autres encore estiment qu'il est devenu impératif de lutter contre « la fuite en avant institutionnelle et géographique » d'une Europe qui s'est construite « sur l'oubli de son histoire et la négation de ses identités »⁹. Si ces réflexions aboutissent à des résultats différents, elles convergent toutes vers la nécessité d'accepter la multitude ou la singularité des peuples, et de construire l'Europe avec ces différences et non pas à leur rencontre.

903. La relativité s'imisce ainsi profondément dans les logiques communautaires. Dans ce contexte multinational, chacun est confronté au fait qu'autrui est différent et pense différemment. Le constat s'impose également pour les juristes. Du simple fait que le droit communautaire s'intègre à aujourd'hui vingt-cinq ordres juridiques nationaux disparates résulte en effet qu'il acquiert son originalité par rapport à chacun de ces vingt-cinq ordres juridiques. Dès lors, la Communauté de droit, ou encore les droits fondamentaux, ne sont pas assimilables aux concepts apparemment équivalents en droit national, mais relèvent d'une logique propre. La simplification, habituelle des juristes au moins français, n'est pas adaptée à ce nouveau contexte. Les outils systématisants, tels la hiérarchie des normes inspirée de la démarche du professeur Kelsen, deviennent inappropriés. La contextualisation paraît désormais nécessaire, ne serait-ce que pour comprendre qu'une norme nationale peut être à la fois valide par rapport à l'ordre juridique national, mais invalide par rapport à l'ordre juridique communautaire en ce que la norme nationale susvisée est d'application du droit communautaire.

⁶ F.R. de CHATEAUBRIAND, *Les Mémoires d'outre-tombe*, 1848-1850, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1957, extrait de la *Préface testamentaire*, t. I, pp. 1045-1047, 3 L43 Chap. 8, « Récapitulation de ma vie ».

⁷ Se référer à J. ZILLER, « La Constitution pour l'Europe, parlons-en ! », *RMCUE*, 2006, pp. 145-150, pp. 147 et s.

⁸ Voir en particulier N. MOUSSIS, « La Constitution est morte ! Vive la Constitution ! Une Constitution rédigée par une Assemblée constituante », *RMCUE*, 2006, pp. 151-165.

⁹ Pour les deux citations, se référer à H. VÉDRINE, « Stabiliser la construction européenne » in P. MAGNETTE, P. MOREAU DEFARGES, K. POMIAN, P. THIBAUD et H. VÉDRINE, « La crise européenne, et après ? », *op. cit.*, pp. 41-44, § 1, pp. 41-42, spéc. p. 42. Pour une position similaire mais bien antérieure, voir P. PESCATORE, « La Constitution, son contenu, son utilité. La constitution nationale et les exigences découlant du droit international et du droit de l'intégration européenne : Essai sur la légitimité des structures supra-étatiques », *Revue de droit suisse*, 1992, pp. 41-72, p. 65 : « En un mot, la Communauté devrait abandonner la fâcheuse méthode des "anticipations" qui consiste à faire des projections d'avenir vides de substance réelle, dans l'espoir que, la façade étant placée bien visiblement dans le paysage, on sera bien obligé de combler ultérieurement le vide qu'elle masque ».

904. La démarche n'est en outre pas contraire au raisonnement scientifique. Loin de là, les sciences dites « dures » comme la physique ont depuis pratiquement un siècle été révolutionnées par la relativité du professeur EINSTEIN. Or, les juristes n'ont pas forcément « pris la mesure du séisme »¹⁰ : ils s'accrochent à des méthodes scientifiques pour développer une crédibilité, mais se réfèrent implicitement à des méthodes qui se révèlent dépassées. Certaines disciplines juridiques ont toutefois accepté la relativité, comme le droit international de l'environnement : à la globalisation des principes s'articule la régionalisation de la mise en œuvre des techniques de protection¹¹. Même si cette démarche s'est imposée en raison du contexte spécifique de l'environnement – on ne protège pas de la même manière les ours polaires et les pandas –, elle témoigne qu'elle est compatible avec le raisonnement juridique.

905. L'introduction de la relativité en droit peut même se révéler enrichissante, y compris pour les conceptions afférentes à un contexte apparemment univoque. Notamment, nous avons vu que le concept d'« être humain », pourtant si essentiel à la définition des « droits de l'être humain » et par ricochet des droits fondamentaux, n'est pas absolu. La prise de conscience de cette relativité de l'être humain est toutefois facilitée dans un contexte multinational où les diverses conceptions s'opposent. Cette prise de conscience peut ensuite être transposée dans le contexte purement national, *a priori* simple, pour enrichir la vision d'un droit qui n'a naturellement pas pu être statique. Se présentent alors plus facilement des possibilités de développement ou d'amélioration du système existant. Surtout, une telle prise de conscience apparaît particulièrement nécessaire au moment où le juge acquiert progressivement le droit d'être un pouvoir. Savoir que certaines choses ne sont pas absolues permettra de veiller au bon exercice par le juge de son pouvoir lorsqu'il sera confronté à la nécessité de faire évoluer un élément. En d'autres termes, parce que nous prenons conscience de la relativité des concepts juridiques, nous pouvons nous attacher à étudier le respect par le juge de sa légitimité lorsqu'« il est amené à codifier les valeurs de notre temps, à exercer une sorte de pontificat laïc »¹².

906. En conséquence, le droit communautaire nous enrichit d'une manière bien plus subtile que l'apparence pourrait le laisser croire. En nous obligeant à sortir des logiques statocentrées et unilatérales, il nous permet d'envisager le monde dans toute son amplitude. La démarche de la Cour de justice n'y est d'ailleurs pas étrangère. Puisqu'elle sanctionne la concrétisation du droit communautaire, elle participe grandement à la diffusion du droit et de la méthodologie juridique communautaires. Elle nous contraint ainsi à prendre conscience de ce que notre droit national n'est pas, alors que nous nous contentons naturellement de nous intéresser à ce qu'il est. En cela, le droit

¹⁰ F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, 596 p., introduction disponible sur Internet : <<http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/ostvdkintropy.pdf>>, 2^{ème} page.

¹¹ Se référer spéc. à A. KISS et J.-P. BEURIER, *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, coll. Études Internationales n° 3, 3^{ème} éd., 2004, 502 p., §§ 914 et 915, p. 469.

¹² R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence – Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, Publications de la Sorbonne, 2003, 381 p., résumé de couverture.

communautaire participe à la diffusion des logiques du droit comparé¹³ que le droit constitutionnel vu par le doyen FAVOREU a déjà fait sienne. Droit communautaire et droit constitutionnel¹⁴ ne doivent donc plus être opposés : « entrecroisements et interpénétrations »¹⁵ ouvrent au contraire les perspectives d'un enrichissement mutuel.

¹³ Sur le fait que le droit étranger est susceptible de devenir pour les juges « un support pour mieux comprendre leur propre droit », voir M.-C. PONTTHOREAU, « Le recours à "l'argument de droit comparé" par le juge constitutionnel – Quelques problèmes théoriques et techniques » in F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, 248 p., pp. 167-190, p. 170.

¹⁴ L'ordre de présentation des disciplines ne préjuge en rien d'une quelconque hiérarchie. Il résulte simplement de l'ordre alphabétique.

¹⁵ L. FAVOREU, « Préface à la première édition » in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 9^{ème} éd., 2006, 968 p., pp. V-X, p. VI.

Bibliographie

*Cette bibliographie n'est pas exhaustive.
Elle ne répertorie que les documents directement mentionnés
dans la thèse, et non pas ceux qui ont pu aider à son élaboration.*

I. OUVRAGES, MONOGRAPHIES

A. Manuels

- H. BARNETT**, *Constitutional & Administrative Law*, Londres, Cavendish Publishing Limited, 2^{ème} éd., 1998, réimprimé en 1999, 1101 p.
- J. BARTHÉLEMY et P. DUEZ**, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, 955 p.
- C. BLUMANN et L. DUBOIS**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, Juris-Classeur, 2004, 494 p.
- J. BOULOIS, M. DARMON et J.-G. HUGLO**, *Contentieux communautaire*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2001, 435 p.
- G. BRAIBANT et B. STIRN**, *Le droit administratif français*, Paris, Presses de Sciences po et Dalloz, 6^{ème} éd., 2002, 641 p.
- R. CARRÉ DE MALBERG**, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, tome I, 837 p. ; et 1922, tome II, 638 p., réédité par Paris, Dalloz, 2004, 1525 p.
- R. CHAPUS**, *Droit administratif général*, tome 1, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, 1423 p.
- G. CORNU**, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2005, 440 p.
- P. DAILLIER et A. PELLET (N. QUOC DINH †)**, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^{ème} éd., 2002, 1510 p.
- M. DE VILLIERS (dir.)**, *Droit public général*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 2003, 1437 p.
- L. DUGUIT**, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, réédité chez Paris, Dalloz, 2003, 623 p.
- *Traité de droit constitutionnel. 3. La théorie générale de l'État (suite et fin)*, Paris, éd. E. de Boccard, 3^{ème} éd., 1930, 856 p.
- P.-M. DUPUY**, *Droit international public*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 7^{ème} éd., 2004, 811 p.
- L. FAVOREU (dir.)**, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., 2005, 576 p.
- *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 9^{ème} éd., 2006, 968 p.
- J.-M. FAVRET**, *Droit et pratique de l'Union européenne*, Paris, Gualino, 5^{ème} éd., 2005, 678 p.
- J. GICQUEL et J.-É. GICQUEL**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 20^{ème} éd., 2005, 790 p.
- O. GOHIN**, *Contentieux administratif*, Paris, Litec, 3^{ème} éd., 2002, 479 p.
- F. HAMON et M. TROPER**, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 29^{ème} éd., 2005, 896 p.

- G. ISAAC et M. BLANQUET**, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2006, 539 p.
- J.-P. JACQUÉ**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 2004, 759 p.
- A. KISS et J.-P. BEURIER**, *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, coll. Études Internationales n° 3, 3^{ème} éd., 2004, 502 p.
- P. MANIN**, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Paris, Pedone, Études internationales n° 6, 2004, 555 p.
- B. MATHIEU et M. VERPEAUX**, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, 791 p.
- G. ORSONI**, *Science et législation financières, Budgets publics et lois de finances*, Paris, Economica, 2005, 753 p.
- P. PESCATORE**, *L'ordre juridique des Communautés européennes – Étude des sources du droit communautaire*, Liège, Presses Universitaires de Liège, 3^{ème} éd., 1975, 316 p.
- J. RIDEAU**, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., 2002, 1098 p.
- D. SIMON**, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2001, 779 p.
- M. SINKONDO**, *Droit international public*, Paris, Ellipses, 1999, 508 p.
- F. SUDRE**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 7^{ème} éd., 2005, 715 p.
- G. VEDEL**, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, réédité par Paris, Dalloz, 2002, 616 p.
- P. WACHSMANN**, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2005, 676 p.

B. Dictionnaires

- D. ALLAND et S. RIALS** (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 1649 p.
- A.-J. ARNAUD** (dir.), *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, 758 p.
- P. AVRIL et J. GICQUEL**, *Lexique Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1986, 133 p.
- R. BOUDON et F. BOURRICAUD**, *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, PUF, 7^{ème} éd., coll. Quadrige, 3^{ème} éd., 2004, 714 p.
- G. CORNU** (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 2004, 968 p.
- M. DE VILLIERS**, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2005, 281 p.
- O. DUHAMEL et Y. MÉNY**, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, 1112 p.
- N. KADA**, *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, Ellipses, 2004, 128 p.

C. Autres ouvrages

- P. ALSTON** (dir.), *The European Union and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 946 p.
- A.G. AMSTERDAM et J. BRUNER**, *Minding the law*, Cambridge, Massachusetts, Londres, Harvard University Press, 2000, 453 p.

- C. ATIAS**, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, 222 p.
 - *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2004, 364 p.
- R. BADINTER**, *Une Constitution européenne*, Paris, Fayard, 2002, 180 p.
- S. BAILEY, D.J. HARRIS et J. BRIAN**, *Civil Liberties : Cases and Materials*, Londres, Butterworths, 4^{ème} éd., 1995, 873 p.
- J.-L. BERGEL**, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, 408 p.
- A. BERRAMDANE**, *La hiérarchie des droits – Droit internes et droits européen et international*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2002, 272 p.
- J. BOULOUIS**, *Droit communautaire et droit français – Recueil d'études*, France, éd. La Mémoire du Droit, 1999, 380 p.
- J. BOULOUIS et R.-M. CHEVALLIER**, *Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes*, tome 1, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 1994, 434 p.
- R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET** (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 10^{ème} éd., 2004, 809 p.
- J. CARBONNIER**, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2^{ème} éd. Quadrige, 2004, 416 p.
- O. CAYLA et M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ** (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2001, 239 p.
- J. CHEVALLIER**, *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1999, 160 p.
 - *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 2004, 226 p.
- J.-L. CLERGERIE et V. FAURE-TRONCHE**, *Le système juridique de l'Union européenne*, Paris, Ellipses, coll. « Mise au point », 2004, 126 p.
- D. COLAS** (dir.), *L'État de droit*, Paris, PUF, 1987, 254 p.
- V. CONSTANTINESCO, J.-P. JACQUÉ, R. KOVAR et D. SIMON** (dir.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, 1648 p.
- C. DE MONTESQUIEU**, *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 1979, 2 vol., 507 p. et 638 p.
- A. DE TOCQUEVILLE**, *De la Démocratie en Amérique*, Galimard, Paris, vol. I, 466 p.
- G. DELALOY**, *Le pouvoir judiciaire*, Paris, PUF, Droit et justice, 2005, 64 p.
- M. DELMAS-MARTY**, *Le flou du droit – Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 1986, 1^{ère} éd. Quadrige, 2004, 389 p.
- L. DUBOIS** (dir.), *Les notices de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, 2004, 224 p.
- L. FAVOREU**, *Les cours constitutionnelles*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, n° 2293, 3^{ème} éd., 1996, 127 p.
- P. GERBET, F. de La SERRE et G. NAFILYAN**, *L'Union politique de l'Europe – Jalons et textes*, Paris, La Documentation Française, coll. retour aux textes, 1998, 498 p.
- T.C. HARTLEY**, *Constitutional problems of the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 1999, 190 p.
- C. JAMIN et P. JESTAZ**, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, 314 p.
- O. JOUANJAN** (dir.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, 410 p.
- H. KELSEN**, *Théorie pure du droit*, traduction française de la 2^{ème} édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, 496 p.

- *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, Léviathan, 1996, 604 p.
- *Théorie générale du droit et de l'État* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, traduit respectivement de l'anglais par Béatrice LAROCHE et de l'allemand par Valérie FAURE, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1997, 518 p.
- *Controverse sur la Théorie pure du droit. Remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, Paris, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, coll. Les introuvables, 2005, 186 p.
- G. KERBOAL**, *La responsabilité des magistrats*, Paris, PUF, collec. Droit et justice, 2006, 64 p.
- P. LABAND**, *Le droit public de l'Empire allemand*, Paris, Giard et Brière, 1900-1904, 6 vol.
- R. LECOURT**, *Le juge devant le Marché commun*, Études et travaux de l'Institut universitaire de Hautes Études Internationales, n° 10, Genève, Institut universitaire de Hautes Études Internationales, 1970, 69 p.
- *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, 321 p.
- F. LEFEBVRE**, *Mémento pratique Union européenne 2006-2007*, Levallois, éd. Francis Lefebvre, 2005, 1334 p.
- P. LÉGER** (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Paris, Dalloz, Bruxelles, Bruylant, 2000, 2060 p.
- J. LOCKE**, *Le second traité du gouvernement. Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, Jean-Fabien SPITZ éd., Paris, PUF, 1994, 302 p.
- J.-V. LOUIS**, *L'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, éd. de la Commission des CE, coll. « Perspectives européennes », 6^{ème} éd., 1993, 241 p.
- J.-V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, D. WAELBROECK et M. WAELBROECK**, *Commentaire Mégret, Le droit de la CEE, La Cour de justice, Les actes des institutions*, n° 10, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2^{ème} éd., 1993, 666 p.
- P. MALAURIE**, *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, Cujas, 2^{ème} éd., 2001, 376 p.
- M.-L. MATHIEU-IZORCHE**, *Le raisonnement juridique*, Paris, PUF, 2001, 439 p.
- D. MAUS**, *Les grands textes de la pratique constitutionnelle de la V^e République*, Paris, La Documentation Française, 1998, 429 p.
- R. MEHDI** (dir.), *L'avenir de la justice communautaire : enjeux et perspectives*, Paris, La Documentation française, 1999, 142 p.
- F. MODERNE**, « Réviser » la Constitution. *Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, 106 p.
- N. MOLFESSIS** (dir.), *Les mots de la loi*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, n° 5, 1999, 110 p.
- *Les revirements de jurisprudence – Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet (le 30 novembre 2004)*, Paris, Litec, 2005, 193 p.
- J. MOLINIER** (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2005, 280 p.
- T. OLSON et P. CASSIA**, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2006, 61 p.
- P. ORY**, *L'Europe*, Paris, Omnibus, 1998, 900 p.
- F. OST et M. van de KERCHOVE**, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, 596 p.
- I. PARIENTE-BUTTERLIN**, *Le droit, la norme et le réel*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2005, 203 p.

- G. PECES-BARBA MARTINEZ**, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, n° 38, 2004, 497 p.
- P. PESCATORE**, *Vade-mecum - Recueil de formules et de conseils pratiques à l'usage des rédacteurs d'arrêts*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 3^{ème} éd., 1985, 317 p.
- J. RIDEAU (dir.)**, *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, 230 p.
- *De la Communauté de droit à l'Union de droit – Continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, 515 p.
- J. RIDEAU**, *Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme*, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 265, Dodrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, 478 p.
- P. ROUBIER**, *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1951, 337 p.
- J.-L. SAURON**, *Droit et pratique du contentieux communautaire*, Paris, La Documentation française, coll. « réflexes Europe », 3^{ème} éd., 2004, 189 p.
- C. SCHMITT**, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1993, 576 p.
- B. SEILLER**, *Droit administratif 1. Les sources et le juge*, Paris, Champs Université, Flammarion, 2001, 329 p.
- A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET et J.H.H. WEILER**, *The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence (Legal Change in Its Social Context)*, Oxford, Hart Publishing, 1998, 391 p.
- K. SOBOTA**, *Das Prinzip Rechtsstaat: verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, 569 p.
- M.-C. STECKEL-MONTES**, *L'essentiel des finances publiques communautaires*, Paris, Gualino éd., 2005, 118 p.
- A. STONE SWEET**, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 279 p.
- A. STONE SWEET, W. SANDHOLTZ et N. FLIGSTEIN**, *The Institutionalization of Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 273 p.
- F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA e.a.**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2005, 770 p.
- B. TCHIKAYA**, *Mémento de la jurisprudence du droit international public*, Paris, Hachette supérieur, coll. Les Fondamentaux, 3^{ème} éd., 2005, 159 p.
- M. TROPER**, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, 358 p.
- G. VANDERSANDEN et M. DONY (dir.)**, *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire – Études de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 413 p.
- M. VILLEY**, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 1998, 171 p.
- P. WACHSMANN**, *Les droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1995, 142 p.
- J. WADHAM et H. MOUNTFIELD**, *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, Londres, Blackstone Press Limited, 1999, 294 p.
- A. WEALE**, *Democracy*, Université d'Essex, Series Editor Peter Jones et Albert Weale, 1999, 236 p.

A. WEBER e.a., *Fundamental Rights in Europe and North America – Part A: Basic Work*, Londres, Kluwer Law, 2001, 500 p.

D. Thèses

F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003, 1136 p.

P. CASSIA, *L'accès des personnes physiques et morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, 1045 p.

F. CHALTIEL, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français - Recherche sur la souveraineté de l'État membre*, Paris, LGDJ, 2000, 606 p.

J.-P. COLIN, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit international, 1966, 544 p.

O. COSTA, *Le Parlement européen, assemblée délibérante*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, Institut d'études européennes, 2001, 507 p.

P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2006, 680 p.

L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1964, 582 p.

J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe : modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne*, Bruxelles, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 1997, 425 p.

L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, 739 p.

J. JORDA, *Le pouvoir exécutif de l'Union européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, 687 p.

É. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 624 p.

L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006, 674 p.

P.-Y. MONJAL, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit international et communautaire, tome 112, 2000, 629 p.

S. NICOT, *Contribution à l'étude de la sélection des recours par la juridiction constitutionnelle (Allemagne, Espagne et États-Unis)*, Paris, LGDJ, 2005, 467 p.

X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 1990, 541 p.

A. PUPIER, *La recherche du consentement dans le contrôle fiscal : des principes fondamentaux au pragmatisme de l'administration fiscale*, sous la dir. du professeur LOUIT, Aix-Marseille III, 1992, 308 p.

C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Paris, Aix-Marseille, Economica, PUAM, coll. Droit public positif, 2003, 290 p.

R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, sous la dir. du professeur SUDRE, Montpellier I, 2006, 701 p., à paraître chez Bruylant.

D. WEISBUCH, *Contribution à l'étude de la légitimité des juges*, sous la dir. du doyen FAVOREU, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, 2004, 449 p.

E. Colloques, journées d'études

- R. BADINTER et S. BREYER**, *Les entretiens de Provence – Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, Publications de la Sorbonne, 2003, 381 p.
- F. BENOÎT-ROHMER** (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, Actes des journées d'étude, Strasbourg les 16 et 17 juin 2000, *RUDH*, du 15 septembre 2000, vol. 12, n° 1-2, 84 p., pp. 57-61.
- S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING** (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, 373 p.
- M. DONY et E. BRIBOSIA** (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, Institut d'études européennes, 2002, 289 p.
- J. DUTHEIL de la ROCHÈRE et G. COHEN-JONATHAN** (dir.), « Table ronde du 18 mai 2000 sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Université Panthéon-Assas (Paris II) », *Regards sur l'actualité*, n° 264, août 2000, 115 p.
- L. FAVOREU** (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, colloque international des 19, 20 et 21 février 1981, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, coll. Droit public positif, 1982, 540 p.
- M.-A. FRISON-ROCHE et C. MATRAY** (dir.), *Le rôle du juge dans la cité*, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2002, 186 p.
- H. GAUDIN** (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire : vers un respect constitutionnel réciproque ?*, colloque de La Rochelle des 6 et 7 mai 1999, Paris, Aix-Marseille, Economica, PUAM, 2001, 393 p.
- GERJC – Institut Louis Favoreu** (dir.), XX^e Table ronde internationale des 17 et 18 septembre 2004, organisée à Aix-en-Provence, « Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale : à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe ? » in *AIJC*, XX-2004, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 2005, 830 p., pp. 141-422.
- C. GREWE, O. JOUANJAN, É. MAULIN et P. WACHSMANN** (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, 2005, 188 p.
- IRDP et IRIED**, *L'influence du droit communautaire sur le droit constitutionnel*, colloque organisé le 8 juin 2007, à la faculté de droit de Lille.
- LABORATOIRE de THÉORIE du DROIT**, *Quels renouvellements pour la recherche en droit ? Les apports de la théorie du droit à la doctrine*, Table ronde organisée le 7 avril 2005, à Aix-en-Provence.
- H. PALLARD et S. TZITZIS** (dir.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, Paris, Montréal, L'Harmattan, 1997, 173 p.
- F. SUDRE**, *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 249 p.
- F. SUDRE et H. LABAYLE** (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 531 p.

F. Rapports

- CONSEIL D'ÉTAT de BELGIQUE**, *Rapport annuel 2003-2004*, 2005, 107 p. Diffusé sur Internet : <<http://www.raadvst-consetat.be/pdf/Rap03-04.pdf>>.

CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Droit communautaire et Droit français*, Paris, La Documentation française, Notes et études documentaires, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil le 3 décembre 1981, 1982, 287 p.

- *Droit international et droit français*, Paris, La Documentation française, 1986, 120 p.

- *Rapport public 2006. Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La Documentation française, 2006, 411 p., diffusé sur Internet : <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000245/0000.pdf>>.

COUR de CASSATION de BELGIQUE, *Rapport annuel 2005*, 2006, 306 p. Diffusé sur Internet : <http://www.juridat.be/cass/cass_fr/2005/cass2005.pdf>.

COUR de CASSATION FRANÇAISE, *Rapport annuel 2005 – L'innovation technologique*, Paris, La Documentation française, 2006, 538 p., disponible sur Internet : <http://www.courdecassation.fr/_rapport/rapport05/cour_cassation-rapport_2005.pdf>.

MEDIATEUR DE LA REPUBLIQUE FRANÇAIS, *Rapport remis au Président de la République le 27 mars 2006*, disponible sur Internet : <http://www.mediateur-republique.fr/fic_bdd/pdf_fr_fichier/rapport2005.pdf>.

G. Autres références

S. ABBADIE, *Anticipations auto-réalisatrices en économie politique : exemples, concepts et prise en compte dans un processus décisionnel*, Thèse de doctorat en ingénierie des systèmes économiques, Aix-en-Provence, décembre 1986, 109 p.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Garnier, Flammarion, 2004, 560 p.

A. BARRÈRE, *Macroéconomie keynésienne – Le projet économique de John Maynard Keynes*, Paris, Dunod, 1990, 349 p.

J. BRÉMOND et M.-M. SALORT, *Dictionnaire des grands économistes*, Paris, éd. Liris, 1992, 187 p.

J. DE ROMILLY, *Les Grands Sophistes dans l'Athènes de Périclès*, Paris, éd. De Fallois, 1988, 347 p.

H. DEFALVARD, *Fondements de la microéconomie*, vol. I, *Les choix individuels*, Belgique, édition de Boeck Université, 2003, 190 p.

R. DESCARTES, *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*, 1637, réédité chez Paris, Libro, 1999, 94 p.

G. DUMAS et D. LARUE, *Contrôle de gestion*, Paris, Litec, coll. Objectif expertise comptable, 2^{ème} éd., 2005, 628 p.

M. FRIEDMAN, *Dollars and Deficits Inflation – Monetary Policy and the Balance of Payments*, New Jersey, Prentice-Hall, Englewoods Cliffs, 1968, 279 p.

M. GODET, *Manuel de Prospective stratégique 2. L'art et la méthode*, Paris, Dunod, 2^{ème} éd., 2004, 412 p.

M. GREVISSE, *Le bon usage – grammaire française*, Paris, Gembloux, éd. Duculot, 12^{ème} éd., 1986, 1768 p.

J.M. KEYNES, *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, traduit de l'anglais par J. de LARGENTAYE, Paris, éd. Payot, 1995, 387 p.

É. LAURENT, *La puce et les géants – De la révolution informatique à la guerre des renseignements*, Paris, France Loisirs, 1983, 298 p.

- J. MATHIOT**, *Adam Smith. Philosophie et économie. De la sympathie à l'échange*, Paris, PUF, coll. Philosophies, 1990, 125 p.
- G. MYRDAL**, *The Political Element in the Development of Economic Theory*, New-York, Simon and Schuster, 1954, 248 p.
- R. OBERT**, *Pratique des normes IAS/IFRS – Comparaison avec les règles françaises et les US GAAP*, Paris, Dunod, 2003, 532 p.
- P. PESCATORE**, *Lecture critique de l'encyclique « Fides et ratio »*, Luxembourg, Institut Grand-Ducal, 2000, 57 p.
- P. PICARD**, *Eléments de microéconomie, 1. Théorie et application*, Paris, Montchrestien, 2002, 587 p.
- J.B. QUINN**, *L'entreprise intelligente. Savoir, services et technologie*, Paris, Dunod, 1994, 514 p.
- Y. SIMON et P. JOFFRE** (dir.), *Encyclopédie de gestion*, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 1997, 3 vol., 3621 p.
- A. SMITH**, *Théorie des sentiments moraux*, 1759, réédité chez Paris, PUF, coll. Quadrige, 2003, 469 p.
- *Recherches sur la nature et les causes de la Richesse des Nations*, 1776, réédité chez Paris, Flammarion, 1991, vol. 1, 537 p. et vol. 2, 639 p.
- VERCORS**, *Les animaux dénaturés*, Paris, Livres de poche, LGF, réédition en 2005, 363 p.
- J.-C. VICTOR, Virginie RAISSON et Frank TÉTART**, *Le Dessous des Cartes – Atlas géopolitique*, Paris, éd. Tallandier/ARTE éd., 2005, 252 p.
- F. VON HAYEK**, *Scientisme et sciences sociales*, Paris, Plon, Presses Pocket, n° 11, coll. Agora, 1953, réimprimé en 1991, 186 p.
- *La constitution de la liberté*, Paris, Litec, 1994, 530 p.

II. ARTICLES

A. Contributions dans des ouvrages collectifs

- C. APOSTOLIDIS**, « "Nous, peuples des Nations Unies..." : l'utopie dans le droit international ? » in *Utopies. Entre droit et politique. Études en hommage à Claude Courvoisier*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, coll. Sociétés, 2005, 450 p., pp. 245-257.
- R. ARNOLD**, « Le principe de l'État de droit dans les nouvelles Constitutions de l'Europe centrale et orientale » in *Protection des Droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 1587 p., pp. 65-78.
- C. AUTEXIER**, « Les embarras de Karlsruhe : les propositions de la Commission Benda pour l'allègement des tâches de la Cour constitutionnelle » in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges offerts à M. Fromont*, Strasbourg, Presses Universitaires de 2001, 473 p., pp. 27-44.
- R. BADINTER**, « La Charte des droits fondamentaux à la lumière des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. I, pp. 143-155.

- S. BAR**, « La question des langues au sein des Nations Unies » in H. GUILLOREL et G. KOUBI (dir.), *Langues et droits – Langues du droit, droit des langues*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 408 p., pp. 291-316.
- A. BARAV**, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire » in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, 556 p., pp. 1-20.
- Y. BEN ACHOUR**, « Jeux de concepts - État de droit – société civile, démocratie » in P. ARSAC, J.-Luc CHABOT et Henri PALLARD (dir.), *État de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle*, Paris, L'Harmattan, 1999, 367 p., pp. 85-97.
- J.-N. BILLARD**, « L'exigence de transgression d'une norme protectrice des particuliers - principe énigmatique du droit de la responsabilité extra-contractuelle des Communautés européennes » in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, 720 p., pp. 625-649.
- C. BLUMANN**, « Une brèche dans la Communauté de droit. La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 nouveau du Traité CE » in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 13-25.
- G. BRAIBANT**, « De la Convention européenne des droits de l'Homme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. I, pp. 327-333.
- A. CASSESE**, « La valeur actuelle des droits de l'homme » in *Humanité et droit international, Mélanges en hommage à René-J. Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, 382 p., pp. 65-75.
- M. CHEMILLIER-GENDREAU**, « Le droit international entre désillusions et utopies ? » in *Utopies. Entre droit et politique. Études en hommage à Claude Courvoisier*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, coll. Sociétés, 2005, 450 p., pp. 235-243.
- G. COHEN-JONATHAN**, « Abus de droit et libertés fondamentales » in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 517-543.
- « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme » in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, 720 p., pp. 3-31.
- V. CONSTANTINESCO**, « Des racines et des ailes - Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel » in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 309-323.
- « Les rapports entre les traités et la constitution : du droit interne au droit communautaire » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. I, pp. 463-481.
- W. DÄNZER-VANOTTI**, « Der Europäische Gerichtshof zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung » in *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, Nomos, 1995, 1742 p., vol. I, pp. 205-221.
- M. DARMON et J.-G. HUGLO**, « La formation des juges en droit communautaire » in *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 717 p., vol. I, pp. 303-312.
- S. DAY O'CONNOR**, « Toward a Common Rule of Law : A Legacy of Integration » in *Une communauté de droit – Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BMW, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, 648 p., pp. 17-20.

- M. DELMAS-MARTY**, « Désordre mondial et droits de l'homme » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. I, pp. 635-651.
- L.M. DU PLESSIS**, « Report on language and law – Afrique du Sud » in Erik JAYME (dir.), *Langue et droit, XV^e congrès international de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 373 p., pp. 37-63.
- L. DUBOIS**, « Les principes généraux du droit communautaire, un instrument périmé de protection des droits fondamentaux ? » in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, 720 p., pp. 77-90.
- O. DUE**, « Pourquoi cette solution ? (De certains problèmes concernant la motivation des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes) » in *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, Nomos, 1995, 1742 p., vol. I, pp. 273-282.
- « *Understanding the reasoning of the Court of Justice* » in *Mélanges en hommage à Fernand Schöckweiler*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 660 p., pp. 73-85.
- J. DUTHEIL de la ROCHÈRE**, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : quel apport à la protection des droits ? » in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, 720 p., pp. 91-106.
- M. FATIN-ROUGE STEFANINI**, Rapport pour la France de la Table Ronde « Constitution et secret de la vie privée », 15 et 16 septembre 2000 à Aix-en-Provence, retranscrite in *AJJC*, XVI-2000, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 2001, pp. 259-290, p. 262.
- L. FAVOREU**, « L'euroscpticisme du droit constitutionnel » in Hélène GAUDIN (dir.), *Droit constitutionnel droit communautaire : vers un respect constitutionnel réciproque ?*, colloque de La Rochelle des 6 et 7 mai 1999, Paris, Aix-Marseille, Economica, PUAM, 2001, 393 p., pp. 379-390.
- « Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles » in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 35-45.
- « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge » in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum J. Waline*, Paris, Dalloz, 2002, 797 p., pp. 513-521.
- « Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. I, pp. 789-811.
- P. FERREIRA DA CUNHA**, « Une approche linguistique à l'État de droit et aux droits fondamentaux » in P. ARSAC, J.-Luc CHABOT et Henri PALLARD (dir.), *État de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle*, Paris, L'Harmattan, 1999, 367 p., pp. 321-332.
- P. GAÏA**, « Le contrôle de constitutionnalité des normes communautaires » in Hélène GAUDIN (dir.), *Droit constitutionnel droit communautaire : vers un respect constitutionnel réciproque ?*, colloque de La Rochelle des 6 et 7 mai 1999, Paris, Aix-Marseille, Economica, PUAM, 2001, 393 p., pp. 39-70.
- H. GAUDIN**, « Primauté "absolue" ou primauté "relative" ? » in Hélène GAUDIN (dir.), *Droit constitutionnel - droit communautaire : vers un respect constitutionnel réciproque ?*, colloque de La Rochelle des 6 et 7 mai 1999, Paris, Aix-Marseille, Economica, PUAM, 2001, 393 p., pp. 97-120.
- C. GREWE**, « Le juge constitutionnel et l'interprétation européenne » in Frédéric SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 354 p., pp. 199-229.

- R. IKOR**, « Le pouvoir des mots » in *Itinéraires, Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, 685 p., pp. 367-370.
- G. ISRAËL**, « L'humanité des droits de l'homme » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. II, pp. 993-1006.
- F.G. JACOBS**, « Access to justice as a fundamental right in European law » in *Mélanges en hommage à Fernand Schöckweiler*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 660 p., pp. 197-212.
- « References to the Court of Justice – the Way forward ? » in *Une communauté de droit – Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BMW, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, 648 p., pp. 637-642.
- J.-P. JACQUÉ**, « Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. II, pp. 1007-1028.
- O. JOUANJAN**, « Une Cour constitutionnelle pour l'Autriche ? Sur un projet de Georg Jellinek en 1885 » in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges offerts à M. Fromont*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, 473 p., pp. 285-311.
- J. JOWELL**, « The Rule of Law Today » in Jeffrey JOWELL et Dawn OLIVER (dir.), *The Changing Constitution*, Oxford, Clarendon, 4^{ème} éd., 2000, 387 p., pp. 3-22.
- C.N. KAKOURIS**, « La Cour de Justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle : Trois observations » in *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, Nomos, 1995, 1742 p., vol. I, pp. 629-640.
- R. KOVAR**, « La notion de juridiction en droit européen » in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum J. Waline*, Paris, Dalloz, 2002, 797 p., pp. 607-628.
- H. LABAYLE**, « L'Union européenne et les droits fondamentaux - Un espace véritable de liberté ? » in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 581-593.
- M. LAGRANGE**, « La Cour de justice des Communautés européennes du plan Schuman à l'Union européenne » in *La construction européenne, Mélanges en hommage à Fernand Dehousse*, Paris, Bruxelles, Nathan, Labor, 1979, vol. II, 340 p., pp. 127-135.
- R. LECOURT**, « Le rôle unificateur du juge dans la Communauté » in *Études de droit des Communautés européennes, Mélanges offerts à P.-H. Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, 530 p., pp. 223-237.
- « Cour européenne des Droits de l'Homme et Cour de justice des Communautés européennes » in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, 750 p., pp. 335-340.
- K. LENAERTS**, « Le respect des droits fondamentaux en tant que principes constitutionnels de l'Union européenne » in *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 717 p., vol. I, pp. 423-457.
- G. MALINVERNI**, « L'indépendance de la Cour européenne des droits l'homme » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. II, pp. 1179-1188.
- A. MATHIOT**, « Agonie de quelques vieux principes », *Il politico*, 1950, pp. 3-16, in *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, tome 1, 607 p., pp. 81-92.
- R. MEHDI**, « Les moyens d'ordre public dans la procédure contentieuse communautaire » in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 105-119.

- « Brèves observations sur la consécration constitutionnelle d'un droit de retrait volontaire », in *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe – Liber Professorum 1973/74–2003/04*, Bruxelles, éditions PIE-Peter Lang SA, 2005, 563 p., pp. 113-126.
- J. MISCHO**, « Hoechst, Colas, Roquette : illustration d'une convergence » in *Une communauté de droit – Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BMW, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, 648 p., pp. 137-145.
- J. MOURGEON**, « L'universalité des droits de l'homme entre foi et droit » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. II, pp. 1265-1282.
- J. NARCISSO da CUNHA RODRIGUES**, « À propos du principe "ne bis in idem" – Un regard sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes » in *Une communauté de droit – Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BMW, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, 648 p., pp. 165-176.
- T. OPSAHL**, « Synthèse : droits de l'homme et "État de droit" » in *Les droits de l'homme dans le droit national en France et en Norvège*, Paris, Aix-Marseille, Economica, PUAM, 1990, 204 p., pp. 159-167.
- P. PESCATORE**, « L'influence de l'ordinateur sur le style des jugements » in *La sentenza in Europa – Metodo, tecnica e stile*, Atti des Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà di Ferrara, 10-12 Ottobre 1985, Milan, Padova, Cedam, 1988, 617 p., pp. 413-416
- « La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'Homme » in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, 750 p., pp. 441-455.
- « Jusqu'où le juge peut-il aller trop loin ? » in *Festschrift til Ole Due*, København, GEC Gads Forlag, 1994, 424 p., pp. 299-327.
- « Incompréhensions et malentendus en matière linguistique », rapport sur le thème *La construction de l'Europe : aspects linguistiques et juridiques*, Colloque international et interdisciplinaire à Saverne organisé par les Universités de Strasbourg et de Cologne, les 7, 8 et 9 décembre 2001, 19 p.
- « Le traité CECA, origine et modèle de l'unification européenne » in *Commission européenne, CECA 1952-2002*, Luxembourg, Office des publications officielles de la Communauté européenne, 2002, pp. 181-188.
- M.-C. PONTTHOREAU**, « Le recours à "l'argument de droit comparé" par le juge constitutionnel – Quelques problèmes théoriques et techniques » in *Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN (dir.), L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, 248 p., pp. 167-190.
- J.-P. PUISSOCHET**, « La Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de l'homme » in *Protection des Droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 1587 p., pp. 1139-1151.
- « Le délibéré de la Cour de justice des Communautés européennes » in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 121-132.
- « L'action en manquement peut-elle encore se parer de ses justes vertus ? » in *Une communauté de droit – Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BMW, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, 648 p., pp. 569-580.

- F. RIGAUX**, « Logique et droits de l'homme » in *Protection des Droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 1587 p., pp. 1197-1211.
- J. RIVERO**, « Sanction juridictionnelle et règle de droit » in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, pp. 457-469 in *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, tome 1, 607 p., pp. 265-276.
- « Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques » in *Mélanges J.-Jacques Chevallier*, Paris, Cujas, 1978, pp. 247-258 in *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, tome 1, 607 p., pp. 549-561.
- J. RIVERO et G. VEDEL**, « Les principes économiques et sociaux de la constitution : Le préambule », *Droit social*, 1947, vol. 31, pp. 13-35 in *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, tome 1, 607 p., pp. 93-145.
- R. SACCO**, « Langue et droit – Italie » in Erik JAYME (dir.), *Langue et droit, XV^e congrès international de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 373 p., pp. 223-260.
- H.G. SCHERMERS**, « A European Supreme Court » in *Protection des Droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 1587 p., pp. 1271-1284.
- L. SEVÓN**, « Experiencing the Court of Justice of the European Communities » in *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 660 p., pp. 577-592.
- F. SUDRE**, « "Droit au juge" et contentieux de la légalité en droit communautaire : la clé du prétoire n'est pas un passe-partout » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p., vol. II, pp. 1399-1419.
- P. TERNEYRE**, « Le droit constitutionnel au juge et ses limites - Rapport français » in *Études de droit constitutionnel franco-espagnol*, Paris, Economica, 1994, 318 p., pp. 75-100.
- R. TOULEMON**, « Pour une Europe démocratique » in *L'Union européenne au-delà d'Amsterdam - Nouveaux concepts d'intégration européenne*, Bruxelles, Presses Interuniversitaires Européennes, 1998, 249 p., pp. 191-206.
- J. TOUSCOZ**, « Les droits de l'homme et l'Europe » in *Mélanges en hommage à J. Boulouis, L'Europe et le droit*, Paris, Dalloz, 1991, 556 p., pp. 495-504.
- M. TROPER**, « Le bon usage des spectres, Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges » in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de G. CONAC*, Paris, Economica, 2001, 458 p., pp. 49-65.
- « 1789 : l'invention de la Constitution » in *Études en l'honneur de G. Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 622 p., pp. 177-190, pp. 179-180.
- « La suprématie de la constitution » in *Utopies. Entre droit et politique. Études en hommage à Claude Courvoisier*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, coll. Sociétés, 2005, 450 p., pp. 259-269
- N. VALTICOS**, « Interprétation juridique et idéologies » in *Protection des Droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Berlin, Bonn, München, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 1587 p., pp. 1471-1482.
- G. VEDEL**, « Les droits de l'homme : quels droits ? Quel homme ? » in *Humanité et droit international, Mélanges en hommage à René-J. Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, 382 p., pp. 349-362.

- « Préface » in Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, coll. Droit public positif, 1997, 397 p., pp. 5-6
- J. VERGES**, « Droits fondamentaux de la personne et principe généraux du droit communautaire » in *Mélanges en hommage à J. Boulouis, L'Europe et le droit*, Paris, Dalloz, 1991, 556 p., pp. 513-531.
- S. VON BAHR**, « Le législateur, la Cour de justice et l'harmonisation des impôts directs » in *Une communauté de droit – Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BMW, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, 648 p., pp. 433-442.
- P. WACHSMANN**, « Conclusions » in Frédéric SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 354 p., pp. 335-352.
- M. WAELBROECK**, « La Convention européenne des droits de l'homme lie-t-elle les Communautés européennes ? » in *Droit communautaire et droit national*, Bruges, De Tempel, 1965, pp. 305-318.
- J. ZILLER**, « La dialectique du contentieux européen : le cas des recours contre les actes normatifs » in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges offerts à M. Fromont*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, 473 p., pp. 443-464.

B. Études et notes

- P.W.C. AKKERMANS**, « "Rule of law, Rechtsstaat" et droits de l'homme : clef de voûte de la démocratie », *REDP*, 2001, pp. 53-67.
- J. ANDRIANTSIMBAZOVINA**, « L'acquis et l'élargissement de l'Union », *RAE*, 2001-2002, pp. 805-814.
- « La Cour de Strasbourg gardienne des droits de l'homme dans l'Union européenne ? », *RFDA*, 2006, n° 3, pp. 566-576.
- A. ARNULL**, « *Private Applicants and the Action for Annulment Under Article 173 of the EC Treaty* », *CML Rev.*, 1995, pp. 7-49.
- F. AUBERT**, « La Cour de justice des Communautés européennes (1967-1968) », *RTDE*, 1969, pp. 729-751.
- A. BARAK**, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *RFDC*, 2006, pp. 227-302.
- A. BARAV**, « Considérations sur la spécificité du recours en carence en droit communautaire », *RTDE*, 1975, pp. 53-71.
- « Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire : le fantôme de Simmenthal », *RTDE*, 1985, pp. 313-341.
- J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT**, « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 4 novembre 2002, pp. 1122-1132.
- « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 24 novembre 2003, pp. 2146-2155.
- F. BENOÎT-ROHMER**, « L'affaire *Emesa Sugar* : l'institution de l'avocat général de la Cour de justice des Communautés européennes à l'épreuve de la jurisprudence *Vermeulen* de la Cour européenne des droits de l'homme - Commentaire de l'ordonnance de la Cour de justice des Communautés européennes du 4 février 2000 dans l'affaire C-17/98 », *CDE*, 2001, pp. 403-426.
- « À propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH*, 2005, pp. 827-853.

- E. BERNARD**, « Note sous CJCE, 20 octobre 2005, *Pays-Bas c/ Ten Kate Holding Musselkanaal BV et autres*, aff. C-511/03 », *Europe*, 2005, n° 12, pp. 11-12.
- « Modalités de transposition des directives », *Europe*, 2006, n° 8-9, comm. n° 231, p. 9
- A. BERRAMDANE**, « Les droits fondamentaux dans la Constitution européenne. La constitutionnalisation de la charte des droits fondamentaux », *RDUE*, 2003, pp. 613-645.
- J. BIANCARELLI**, « Droit communautaire : un juge à deux têtes », *RAE*, 1991, pp. 3-6.
- D. BLANCHET**, « L'usage de la théorie de l'acte clair en droit communautaire : une hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de l'État français du fait de la fonction juridictionnelle ? », *RTDE*, 2001, pp. 397-438.
- M. BONNECHÈRE**, « Citoyenneté européenne et Europe sociale », *Europe*, 2002, n° 7, pp. 6-10.
- B. BONNET**, « Le Conseil d'État, la Constitution et la norme internationale », *RFDA*, 2005, pp. 56-66.
- K. BORGSMTDT**, « *The Advocate General at the European Court of Justice : A Comparative Study* », *EL Rev.*, 1988, pp. 106-119.
- A.-S. BOTELLA**, « La responsabilité du juge national », *RTDE*, 2004, pp. 283-315.
- É. BRUCE**, « La primauté du droit communautaire – Retour sur l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel », *LPA*, 27 septembre 2005, n° 192, pp. 3-10.
- A. BULTRINI**, « La responsabilité des États-membres de l'Union européenne pour les violations de la CEDH imputables au système communautaire », *RTDH*, 2002, pp. 5-43.
- J.-F. BURGELIN**, « La paille et la poutre », *D.*, 2004, doctrine, pp. 1249-1252.
- A. BZDERA**, « L'enjeu politique de la réforme institutionnelle de la Cour de justice de la Communauté européenne », *RMC*, 1992, pp. 240-249.
- J. CALLEWAERT**, « Les droits fondamentaux entre cours nationales et européennes - Observations sous Cour constitutionnelle allemande (2^{ème} chambre) 7 juin 2000 (2 BvL 1/97) », *RTDH*, 2001, pp. 1183-1205.
- P. CANDUSSEAU**, « L'introuvable pouvoir législatif », *RMC*, 1974, pp. 371-372.
- M. CANEDO**, « L'intérêt à agir dans le recours en annulation du droit communautaire », *RTDE*, 2000, n° 3, pp. 451-510.
- M. CAPPELLETTI**, « *Is the European Court of Justice "Running Wild" ?* », *EL Rev.*, 1987, pp. 3-17.
- M. CARBONNELL**, « La politique charbonnière de la CECA (1952-2002) », disponible sur Internet : <http://www.up.univ-mrs.fr/mines/Themes/theme_histoire/histoire_ceca/hist_ceca.htm>.
- P. CASSIA**, « Continuité et rupture dans le contentieux de la recevabilité du recours en annulation des particuliers – À propos de l'arrêt *Jégo-Quéré* du 3 mai 2002 du Tribunal de première instance des Communautés européennes (aff. T-177/01) », *RMCUE*, 2002, pp. 547-559.
- « La contribution du juge administratif français des référés au caractère complet des voies de droit communautaire (À propos de l'ordonnance *Sté Techna et a.*, CE, 29 oct. 2003, n° 260768, 261033 et 261034) », *Europe*, 2004, n° 1, pp. 5-11.
- « Le juge administratif, la primauté du droit de l'Union européenne et la Constitution française », *RFDA*, 2005, pp. 465-472.

- N. CATALANO**, « La protection juridictionnelle indirecte dans le système des traités de Rome », *RTDE*, 1966, pp. 371-382.
- F. CHALTIEL**, « Droit constitutionnel et droit communautaire », *RTDE*, 1999, pp. 395-408.
- CHAMBRE DES LORDS** (Comité restreint sur l'Union européenne de la), « L'avenir de l'Europe : traité constitutionnel – projet d'articles sur les institutions », 15 mai 2003, CONV 740/03, 17 p.
- C. CHARRIER**, « La Communauté de droit, une étape sous-estimée de la construction européenne », *RMCUE*, 1996, pp. 521-533.
- « *L'obiter dictum* dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1998, pp. 79-103.
- R.-M. CHEVALLIER**, « *Methods and Reasoning of the European Court in its Interpretation of Community Law* », *CML Rev.*, 1964-1965, pp. 21-35.
- « Revue analytique de la Jurisprudence de la Cour de Justice en 1964 », *RTDE*, 1965, pp. 260-280.
 - « Revue analytique de la Jurisprudence de la Cour de Justice en 1965 », *RTDE*, 1966, pp. 499-510.
- P. CINTURA**, « L'objectivisme juridique et la Cour de Luxembourg », *RTDE*, 1970, pp. 272-295.
- G. COHEN-JONATHAN**, « La Cour de justice des Communautés européennes et les droits de l'homme », *RMC*, 1978, pp. 74-100.
- « L'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme », *Journal des Tribunaux - Droit européen*, 17 mars 1995, n° 17, pp. 49-53.
- G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS**, « À propos de l'arrêt *Matthews c/ Royaume-Uni* (18 février 1999) », *RTDE*, 1999, pp. 637-657.
- COMMISSION EUROPEENNE**, « La protection des droits fondamentaux dans la Communauté européenne », rapport du 4 février 1976, *Bulletin des Communautés européennes*, 1976, supplément n° 5.
- « Adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme », memorandum du 4 avril 1979, *Bulletin des Communautés européennes*, 1979, supplément 2.
 - *Résumé du Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 28 juin 2004, 5 p., disponible sur Internet : <http://europa.eu/constitution/download/oth250604_2_fr.pdf>.
- L.-J. CONSTANTINESCO**, « La spécificité du droit communautaire. », *RTDE*, 1966, pp. 1-30.
- « La constitution économique de la C.E.E. », *RTDE*, 1977, pp. 244-281.
- V. CONSTANTINESCO**, « La question du gouvernement de l'Union européenne », *Europe*, 2002, n° 7, pp. 3-6.
- P. CONTE**, « Les galeux de la République. À propos de "l'affaire d'Outreau" », *JCP G*, 2006, n° 1-2, Doctrine n° 101, pp. 19-21.
- CONVENTION EUROPEENNE**, Groupe de travail II, « Intégration de la Charte/adhésion à la CEDH », « Rapport final », 22 octobre 2002, CONV 354/02, 17 p.
- Praesidium, « Projet d'articles 24 à 33 du Traité constitutionnel », 26 février 2003, CONV 571/03, 18 p.
- J. COPPEL et A. O'NEILL**, « *The European Court of Justice : Taking Rights Seriously ?* », *CML Rev.*, 1992, pp. 669-692.

- V. CORRÉARD**, « Constitution européenne et protection des droits fondamentaux : vers une complexité annoncée ? », *RTDH*, 2006, n° 67, pp. 501-529.
- E. COULON**, « L'indispensable réforme du Tribunal de première instance des Communautés européennes », *RAE*, 2000, n°s 1-2, pp. 254-266.
- COUR DE JUSTICE**, *Document de réflexion sur l'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne* de mai 1999, disponible sur Internet : <http://curia.eu.int/fr/institut/presentationfr/index_savoirplus.htm>.
- *Contribution de la Cour et du Tribunal à la Conférence intergouvernementale*, avril 2000, disponible sur Internet : <http://curia.eu.int/fr/institut/presentationfr/index_savoirplus.htm>.
- *La Cour de justice et la réforme institutionnelle de l'Union européenne*, avril 2000, disponible sur Internet : <http://curia.eu.int/fr/institut/presentationfr/index_savoirplus.htm>.
- L. DANIELE**, « Après l'arrêt Granital : droit communautaire et droit national dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle italienne », *CDE*, 1992, pp. 3-21.
- M. DARMON**, « Juridictions constitutionnelles et droit communautaire (Réflexions sur la jurisprudence constitutionnelle d'Italie, de République fédérale d'Allemagne et de France relative à l'insertion du droit communautaire dans l'ordonnancement juridique interne) », *RTDE*, 1988, pp. 217-251.
- J. DARRAS et O. PIROTTE**, « La Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande a-t-elle mis en danger la primauté du droit communautaire ? (Bundesverfassungsgericht, 2e Ch. 29 mai 1974) », *RTDE*, 1976, pp. 415-438.
- M.A. DAUSES**, « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *RTDE*, 1984, pp. 401-424.
- D. DE BÉCHILLON**, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.*, 2002, chron., pp. 973-978.
- O. DE SCHUTTER et O. L'HOEST**, « La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire : Gibraltar, l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *CDE*, 2000, pp. 141-214.
- F. DEHOUSSE**, « La primauté du droit communautaire sur le droit des États membres - Rapport fait au nom de la Commission juridique au Parlement européen », *RTDE*, 1965, pp. 212-246.
- « Le traité d'Amsterdam, reflet de la nouvelle Europe », *CDE*, 1997, pp. 265-273.
- G. DELLIS**, « Le droit au juge comme élément de la problématique sur la protection des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique communautaire », *REDP*, 2001, pp. 279-331.
- M. DELMAS-MARTY**, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *Revue de sciences criminelles*, 1994, pp. 477-490.
- T. DI MANNO**, « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel » in « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel », études réunies et présentées par Thierry DI MANNO, *CCC*, 2006, n° 20, pp. 101-149, pp. 101-103.
- A.M. DONNER**, « *The Constitutional Powers of the Court of Justice of the European Communities* », *CML Rev.*, 1974, pp. 127-140.
- O. DUBOS**, « Le principe de la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire (à propos de récents arrêts de la Cour de justice relatifs à la responsabilité du législateur) », *RAE*, 1997, pp. 209-225.

- O. DUFOUR**, « Responsabilité des juges : ne réformons pas pour réformer », *LPA*, 18 janvier 2006, n°13, pp. 3-5.
- J. DUTHEIL de la ROCHÈRE**, « La Convention sur la Charte des droits fondamentaux et le processus de construction européenne », *RMCUE*, 2000, pp. 223-227.
- « Droit au juge, accès à la justice européenne », *Pouvoirs*, 2001, n° 96, pp. 123-142.
- C. ENGEL**, « *The European Charter of Fundamental Rights - A Changed Political Opportunity Structure and its Normative Consequences* », *ELJ*, 2001, pp. 151-170.
- M. FATIN-ROUGE STÉFANINI**, « Le contrôle des lois constitutionnelles : commentaire de la décision n° 03-469 DC du 26 mars 2003 », *RFDC*, 2003, n° 54, pp. 374-383.
- L. FAVOREU et H. OBERDORFF**, « Droit constitutionnel et droit communautaire - Les rapports de deux ordres juridiques », *RMCUE*, 2000, pp. 94-99.
- J.-M. FAVRET**, « Le traité de Nice du 26 février 2001 : vers un affaiblissement irréversible de la capacité d'action de l'Union européenne ? », *RTDE*, 2001, pp. 271-304.
- J.-P. FELDMAN**, « Un traité peut-il établir une Constitution ? Sur et au-delà de la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel », *Politeia*, 2005, n° 8, pp. 165-171.
- M. FROMONT**, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1966, pp. 47-65.
- « Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne », *RAE*, 1997, pp. 191-208.
- P. GAÏA**, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RFDC*, 2004, n° 58, pp. 227-246.
- W.-J. GANSHOF van der MEERSCH**, « Suprématie du droit communautaire sur le droit national - Conclusions dans l'affaire *Ministre des Affaires économiques c/ SA Fromagerie Franco-Suisse "Le Ski"* (Cour de cassation, 1^{ère} chambre) », *RTDE*, 1971, pp. 423-456.
- E. GARCIA DE ENTERRIA**, « Les droits fondamentaux et la révision du traité sur l'Union européenne », *CDE*, 1996, pp. 607-612.
- H. GAUDIN**, « Amsterdam : l'échec de la hiérarchie des normes ? », *RTDE*, 1999, pp. 1-20.
- « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *RAE*, 2000, n°s 1-2, pp. 209-222.
- M. GAUTIER et F. MELLERAY**, « Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire », *AJDA*, 2004, pp. 1537-1541.
- B. GENEVOIS**, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, pp. 877-886.
- « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé – À propos de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 », *RFDA*, 2004, pp. 651-661.
- « Le Conseil constitutionnel et la primauté du droit communautaire », *RFDA*, 2005, pp. 239-241.
- D. GÉRADIN et N. PETIT**, « Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation », *RTDE*, 2005, pp. 795-837.
- L. GOFFIN**, « Introduction aux Actes de la Journée d'études organisée par les Cahiers de droit européen : L'accès à la Justice dans l'Union européenne », *CDE*, 1995, pp. 529-534.
- V. GREMENTIERI**, « Le statut des juges de la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1967, pp. 817-830.

- C. GREWE**, « Le "traité de paix" avec la Cour de Luxembourg : l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane », *RTDE*, 2001, pp. 1-17.
- S. GROSSRIEDER TISSOT**, « La responsabilité de la Communauté européenne du fait de l'activité normative de la Commission », *RTDE*, 2001, pp. 91-121.
- W. HALLSTEIN**, « Intervention dans le débat juridique sur le rapport de DEHOUSSE (Primauté du droit communautaire sur le droit des États membres) Session de juin 1965 du Parlement européen », *RTDE*, 1965, pp. 247-254.
- L. HAMON**, « L'État de droit et son essence », *RFDC*, 1990, pp. 699-712.
- P. HETSCH**, « Émergence des valeurs morales dans la jurisprudence de la C.J.C.E. », *RTDE*, 1982, pp. 511-555.
- L. IDOT**, « La "saga Microsoft" : les derniers épisodes d'un bras de fer qui se prolonge... », *Europe*, 2006, n° 3, p. 2.
- G. ISRAËL**, « L'Europe, une conquête des peuples », *RMC*, 1984, pp. 124-128.
- J.-P. JACQUÉ**, « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union européenne – Dialogue entre le juge et le "constituant" », *AJDA*, juin 2002, pp. 476-480.
- C. JAMIN**, « Un modèle original : la construction de la pensée juridique française », *Bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC)*, n° 596, 15 avril 2004, disponible sur Internet via le site de la Cour de cassation française : <http://www.courdecassation.fr/_BICC/bicc.htm>.
- C.N. KAKOURIS**, « La mission de la Cour de justice des Communautés européennes et l'"ethos" du juge », *RAE*, 1994, n° 4, pp. 35-41.
- F. KAUFF-GAZIN**, « Modalités de la preuve du manquement », *Europe*, 2006, n° 7, comm. n° 208, pp. 16-17.
- H. Kelsen**, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, tome XLV, pp. 197-257.
- P. KENNA**, « *Implications for Local Authorities of the ECHR Act 2003* » in *European Convention on Human Rights Act 2003 Review and Human Rights in Committed Relationships*, Conférence du 16 octobre 2004, 30 p., disponible sur Internet : <<http://www.lawsociety.ie/newsite/documents/members/hrkenna.pdf>>
- R. KOVAR et D. SIMON**, « La citoyenneté européenne », *CDE*, 1993, pp. 285-315.
- F. KRENC**, « La décision *Senator Lines* ou l'ajournement d'une question délicate », *RTDH*, 2005, pp. 121-158.
- H.C. KRÜGER et J. POLAKIEWICZ**, « Propositions pour la création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe », *RUDH*, 30 octobre 2001, pp. 1-14.
- H. LABAYLE**, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *RTDE*, 2006, pp. 1-46.
- M. LAGRANGE**, « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RMC*, 1961, pp. 33-44.
- « Le pouvoir de décision dans les Communautés Européennes : théorie et réalité », *RTDE*, 1967, pp. 1-29.
 - « Les obstacles constitutionnels à l'intégration européenne », *RTDE*, 1969, pp. 242-254.
 - « La cour de justice des communautés européennes : du plan Schuman à l'union européenne », *RTDE*, 1978, pp. 1-17.

- O. LE BOT**, « Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme : la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux », *RTDH*, 2003, n° 55, pp. 781-811.
- H. LECLERC**, « Procédures et droits fondamentaux, enjeu de l'espace judiciaire européen », *RMCUE*, 2000, pp. 319-320.
- S. LECLERC**, « Les communications de la Commission et le marché intérieur. À propos de l'arrêt rendu par la CJCE le 20 mars 1997 dans l'affaire C-57/95 », *CDE*, 1998, pp. 161-175.
- H. LEGAL**, « Le juge et les instruments de l'analyse économique », diffusion sur le site Internet de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes française : <http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/02_actualite/ateliers_concu/analyse_eco4.htm>
- A.R. LEITAO**, « L'effet direct des directives : une mythification ? », *RTDE*, 1981, pp. 425-441.
- K. LENAERTS**, « *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community* », *CML Rev.*, 1991, pp. 11-35.
- « *Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue* », *EL Rev.*, 1991, pp. 367-390.
 - « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes : regard sur une décennie d'activités et sur l'apport du double degré d'instance au droit communautaire », *CDE*, 2000, pp. 323-409.
 - « *Fundamental rights in the European Union* », *EL Rev.*, 2000, pp. 575-600.
 - « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE*, 2001, pp. 487-528.
- A. LEVADE**, « Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au cœur des rapports de système » in « Constitution et Europe », études réunies et présentées par A. LEVADE, *CCC*, 2005, n°15, pp. 133-180, pp. 133-137.
- F. LONCLE**, Rapport d'information sur le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, le 5 octobre 2000, *Les documents d'information de l'Assemblée nationale*, n° 2616, 96 p., p. 7 ; texte disponible sur Internet : <<http://www.assemblee-nationale.fr/europe/rap-info/i2616.pdf>>.
- A. LOPES-SABINO**, « Penser la Constitution de l'Union européenne », *RMCUE*, 1993, pp. 362-366.
- F. LOUIS**, « Synthèse des débats - Actes de la Journée d'études organisée par les Cahiers de droit européen : L'accès à la Justice dans l'Union européenne », *CDE*, 1995, pp. 665-674.
- J.-V. LOUIS**, « Commentaire sur l'ouvrage de Maurice TORRELLI, *L'individu et le droit de la Communauté économique européenne*, avec une préface de R.J. Dupuy, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, XII + 396 p. », *CDE*, 1972, pp. 358-359.
- A. MAC DONAGH**, « Pour un élargissement des conditions de recevabilité des recours en contrôle de la légalité par des personnes privées en droit communautaire : le cas de l'article 175 du traité CE », *CDE*, 1994, pp. 607-637.
- P. MAGNETTE, P. MOREAU DEFARGES, K. POMIAN, P. THIBAUD et H. VÉDRINE**, « La crise européenne, et après ? », *Le débat*, mai-août 2006, n° 140, pp. 17-65.
- X. MAGNON**, « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire », *Europe*, 2004, n° 8/9, pp. 6-12.

- F. MALVASIO**, « Note sur les arrêts du TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Cie SA c/ Commission*, aff. T-177/01, *Rec.*, p. II-2365 et de la CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677 », *AJDA*, 30 septembre 2002, pp. 867-877.
- F. MARIATTE**, « Qui protège les personnes physiques ou morales contre les actes communautaires de portée générale ? », *Gazette du Palais*, juillet-août 2003, pp. 2111-2132.
- A. MASUCCI**, « La longue marche de la Cour de justice vers une "protection provisoire européenne" », *REDP*, 1997, pp. 621-632.
- B. MATHIEU**, « Pour la reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1985, chron., pp. 211-212.
- « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.*, 1996, chron., pp. 282-286.
- S. MATHIEU**, « L'adhésion de la Communauté à la CEDH : un problème de compétence ou un problème de soumission ? », *RMCE*, 1998, pp. 31-36.
- F.C. MAYER**, « La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne », *RTDE*, 2003, pp. 175-196.
- P. MAZEAUD**, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP G*, 2005, actualité, n° 70, pp. 245-246.
- R. MEHDI**, « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'*aggiornamento* n'aura pas eu lieu », *RTDE*, 2003, pp. 23-50.
- É. MEISSE**, « Exception de recours parallèle », *Europe*, 2006, n° 8-9, comm. n° 233-234, pp. 12-13.
- M. MELCHIOR**, « La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire - Rapport de la première commission du VIIe Congrès international de droit européen organisé par la Fédération internationale pour le droit européen, du 2 au 4 octobre 1975, *L'individu et le droit européen* », *CDE*, 1976, pp. 469-476.
- J. MERTENS de WILMAR**, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1986, pp. 5-20.
- F. MICHÉA**, « Responsabilité de l'État membre du fait de l'activité de ses juridictions suprêmes » in « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *RJS*, 2004, n° 1, pp. 12-17.
- J. MISCHO**, « Un rôle nouveau pour la Cour de justice ? », *RMC*, 1990, pp. 681-686.
- P.-Y. MONJAL**, « Le droit dérivé de l'Union européenne en quête d'identité – À propos de la première décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 29 mai 2000 », *RTDE*, 2001, pp. 335-369.
- N. MOUSSIS**, « La construction européenne et le citoyen : déficit démocratique ou déficit d'information ? », *RMCE*, 2000, pp. 153-159.
- « La Constitution est morte ! Vive la Constitution ! Une Constitution rédigée par une Assemblée constituante », *RMCE*, 2006, pp. 151-165.
- R. MUÑOZ**, « Le système de juge unique pour le règlement d'un problème multiple : l'encombrement de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance », *RMCE*, 2001, pp. 60-66.
- P. NIHOUL**, « La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale », *RTDE*, 1994, pp. 169-194.

- X. NORMAND-BODARD**, « Outreau : et après ? », *Gazette du Palais*, dimanche 12 au mardi 14 février 2006, p. 2.
- T. PAPADIMITRIOU**, « Constitution européenne et constitutions nationales : l'habile convergence des juges constitutionnels français et espagnol – À propos des décisions n° 2004-505 DC du Conseil constitutionnel français et 1/2004 DTC du Tribunal constitutionnel espagnol » in « Constitution et Europe », études réunies et présentées par A. LEVADE, CCC, 2005, n° 15, pp. 133-180, pp. 162-168.
- Z. PEERBUX-BEAUGENDRE**, « Première consécration expresse du principe de la responsabilité de l'État membre pour les jurisprudences de ses cours suprêmes dans le cadre de l'article 226 CE – Note sous l'arrêt de la CJCE du 9 décembre 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-129/00 », *RTDE*, 2004, pp. 208-215.
- « Autorité de la chose jugée et primauté du droit communautaire », *RFDA*, 2005, pp. 473-482.
- J. PERTEK**, « La formation des fonctionnaires et des juristes aux questions européennes », *RMCUE*, 1993, pp. 746-753.
- P. PESCATORE**, « Les exigences de la démocratie et la légitimité de la Communauté européenne », *CDE*, 1974, pp. 499-514.
- « L'exécutif communautaire : justification du quadripartisme institué par les Traités de Paris et Rome », *CDE*, 1978, pp. 387-406.
- « Aspects judiciaires de l' "acquis communautaire" », *RTDE*, 1981, pp. 617-651.
- « Les travaux du "groupe juridique" dans la négociation des traités de Rome », *Studia Diplomatica*, Bruxelles, Institut Royal des Relations Internationales, 1981, pp. 159-178.
- « Interprétation des lois et conventions plurilingues dans la Communauté européenne », *Les Cahiers de Droit*, 1984, pp. 989-1010.
- « La Constitution, son contenu, son utilité. La constitution nationale et les exigences découlant du droit international et du droit de l'intégration européenne : Essai sur la légitimité des structures supra-étatiques », *Revue de droit suisse*, 1992, pp. 41-72.
- « La légitimité du juge en régime démocratique », *Commentaire*, 2000, pp. 339-349.
- « La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux - Enquête sur un problème virtuel », *RMCUE*, 2003, pp. 151-159.
- E. PETERSEN**, « L'influence possible du droit anglais sur le recours en annulation auprès de la Cour de Justice des Communautés européennes. », *RTDE*, 1966, pp. 256-266.
- O. PFERSMANN**, « Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective » in « L'accès des personnes à la justice constitutionnelle : Droit, pratique, politique », études réunies et présentées par Otto PFERSMANN, CCC, 2001, n° 10, pp. 65-71.
- « Normativité » in *Le Colloque de prospective*, organisé les 24, 25 et 26 septembre 2003 à Gif-sur-Yvette par le ministère de la Recherche et le département des sciences de l'Homme et de la Société du CNRS, 10 p., dans la continuité des conclusions du rapport de la conjoncture [...] établi pour la section 36 du Comité national de la recherche scientifique, Paris, CNRS édition, 1997, pp. 543-552.
- « La primauté : double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée » in « Constitution et Europe », études réunies et présentées par A. LEVADE, CCC, 2005, n° 18, pp. 133-180, pp. 138-140.
- C. PICHERAL et H. SURREL** (dir.), « Droit communautaire des droits fondamentaux – Chronique de la jurisprudence de la CJCE », *RTDH*, 2005, n° 63, pp. 649-672.

- J.-C. PIRIS**, « L'Union européenne a-t-elle une constitution ? Lui en faut-il une ? », *RTDE*, 1999, pp. 599-635 ; ou « *Does the European Union have a Constitution ? Does it need one ?* », *EL Rev.*, 1999, pp. 557-585.
- A.-H. PUELINCKX**, « Commentaire sur l'ouvrage de Hans WIEBRINGHAUS, *Gerichtshof für Europa*, Europäische Aspekte, Schriftenreihe zur Europäischen Integration, 2^{ème} éd., Leyde, A.W. Sithoff, 1967, 130 p. », *CDE*, 1968, pp. 362-363.
- P. PUIG**, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTDE*, 2001, pp. 749-794.
- J.-P. PUISSOCHET et J.-P. COSTA**, « Entretien croisé des juges français », *Pouvoirs*, 2001, n° 96, pp. 161-175.
- H. RASMUSSEN**, « *Between Self-Restraint and Activism : A Judicial Policy for the European Court* », *EL Rev.*, 1988, pp. 28-38.
- G. RASQUIN et R.-M. CHEVALLIER**, « L'article 173, alinéa 2 du traité C.E.E. », *RTDE*, 1966, pp. 31-46.
- N. REICH**, « *A European Constitution for Citizens : Reflections on the Rethinking of Union and Community Law* », *ELJ*, 1997, pp. 131-164.
- « *Union Citizenship - Metaphor or Source of Rights ?* », *ELJ*, 2001, pp. 4-23.
- A. RIGAUX**, « Manquement sur manquement : encore des sanctions pécuniaires à l'encontre de la France », *Europe*, 2006, n° 5, comm. n° 143, pp. 12-14.
- D. RITLENG**, « Le principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, 2005, pp. 285-303.
- G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS**, « L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne », *CDE*, 1999, pp. 275-281.
- « La Cour de justice et la réforme institutionnelle de l'Union européenne », disponible sur Internet : <<http://curia.eu.int/fr/instit/txtdocfr/autresxts/rod.pdf>>, 4 p.
- « Intervention orale devant le "cercle de discussion" sur la Cour de justice en date du 17 février 2003 », CONV 572/03, 7 p., disponible sur Internet : <http://europa.eu/constitution/futurum/documents/speech/sp170203_fr.pdf>.
- L.S. ROSSI**, « "Constitutionnalisation" de l'Union européenne et des droits fondamentaux », *RTDE*, 2002, pp. 27-52.
- D. RUIZ-JARABO**, « La réforme de la Cour de justice opérée par le traité de Nice et sa mise en œuvre future », *RTDE*, 2001, pp. 705-725.
- W. SADURSKI**, « *Charter and Enlargement* », *ELJ*, 2002, pp. 340-362.
- H. SCHEPEL et R. WESSELING**, « *The Legal Community : Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe* », *ELJ*, 1997, pp. 165-188.
- H. SCHMITT von SYDOW**, « Liberté, démocratie, droits fondamentaux et État de droit : analyse de l'article 7 du traité UE », *RDUE*, 2001, pp. 285-320.
- G. SCOFFONI**, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *RIDC*, 2-1999, pp. 243-280.
- SÉNAT FRANÇAIS**, « Audition de M. P. Léger, avocat général, et de M. J.-P. Puissech, juge à la Cour de Justice des Communautés européennes par la délégation pour l'Union européenne du Sénat », réunion du mercredi 22 février 2006, document diffusé sur Internet : <http://www.senat.fr/europe/r22022006_1.html>.
- D. SIMON**, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *RAE*, 1998, n° 1-2, pp. 84-94.

- « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême (À propos de l'arrêt Köbler, CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-224/01 », *Europe*, 2003, n° 11, pp. 3-6.
- « Retour du mythe du gouvernement des juges ? », *Europe*, 2006, n° 2, p. 1.
- « Le principe de confiance légitime est-il soluble dans la sécurité juridique ? », *Europe*, 2006, n° 5, comm. n° 142, pp. 9-12
- « Le juge constitutionnel français et le droit communautaire et européen : une "nouvelle approche" ? », *Europe*, 2006, n° 6, p. 1.
- « Consolidation de la responsabilité des États membres du fait des violations imputables aux juridictions nationales », *Europe*, 2006, n°s 8-9, comm. n° 232, pp. 9-11.
- D. SIMON et F. MARIATTE**, « Le Tribunal de première instance des Communautés : Professeur de droit international ? À propos des arrêts *Yusuf, Al Barakaat International Foundation* et *Kadi* du 21 septembre 2005 », *Europe*, 2005, n° 12, pp. 6-10.
- G. SPERDUTI**, « Le rattachement des Communautés européennes à la Convention de Rome sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RMC*, 1980, pp. 170-173.
- C. STARCK**, « La protection des droits de l'homme - Quelles procédures ? », *REDP*, 2001, pp. 121-137.
- A. STONE SWEET et T.L. BRUNELL**, « *The European Court and the National Courts : A Statistical Analysis of Preliminary References, 1961-95* », *Journal of European Public Policy*, 1998, n° 5 (1), pp. 66-97, disponible sur le site du Centre Jean Monnet : <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-14-.html>>.
- « *The European Court and the National Courts : A Statistical Analysis of Preliminary References, 1961-98* », référencé : *Data Set on Preliminary References in EC Law*, Robert Schuman Centre, European University Institute (San Domenico di Fiesole, Italy, 1999).
- F. SUDRE**, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système de protection des droits de l'homme », *JCP G*, 1998, n°s 1-2, pp. 9-16.
- « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel "sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union". Réflexions critiques », *RFDA*, 2005, pp. 34-39.
- O. TAMBOU**, « Le système juridictionnel communautaire revu et corrigé par le traité de Nice », *RMCUE*, 2001, pp. 164-170.
- M. TORRELLI**, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande et le droit communautaire », *RMC*, 1968, pp. 719-723.
- A.G. TOTH**, « *The European Union and Human Rights : the Way Forward* », *CML Rev.*, 1997, pp. 491-529.
- A.-M. TOURNEPICHE**, « La clarification du statut juridique des accords interinstitutionnels – Commentaire de la déclaration du projet de Traité de Nice relative à l'article 10 CE », *RTDE*, 2002, pp. 209-222.
- J. TOUSCOZ**, « Un large débat - L'avenir de l'Europe après la conférence intergouvernementale de Nice (CIG-2000) », *RMCUE*, 2001, pp. 225-236.
- F. TRAIN**, « Le renvoi préjudiciel et la subsidiarité », *RAE*, 1998, n°s 1-2, pp. 102-107.
- M. TROPER**, « Réplique à Denys de Béchillon – L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation », *RRJ*, 1994, n° 1, pp. 267-274

- C. TURNER**, « *Human Rights Protection in the European Community : Resolving Conflict and Overlap Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights* », *EPL*, 1999, pp. 453-470.
- W. VAN GERVEN**, « *The Role and Structure of the European Judiciary now and in the future* », *EL Rev.*, 1996, pp. 211-223.
- G. VANDERSANDEN**, « Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées - Actes de la Journée d'études organisée par les Cahiers de droit européen : L'accès à la Justice dans l'Union européenne », *CDE*, 1995, pp. 535-552.
- G. VEDEL**, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, pp. 79-97.
- J. VERGES**, « Droits fondamentaux et droits de Citoyenneté dans l'Union européenne », *RAE*, 1994, n° 4, pp. 75-97.
- A. VIDAL-NAQUET**, « Les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2006, n° 67, pp. 535-570.
- A. VON BOGDANDY**, « La fusion des Communautés dans l'Union européenne. Un modèle juridique de pluralisme institutionnel dans un cadre institutionnel unique », *RDUE*, 2001, pp. 617-654.
- P. WACHSMANN**, « Les droits de l'homme », *RTDE*, 1997, pp. 883-902.
- « L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux" », *RUDH*, 2004, pp. 40-49.
- D. WAELBROECK**, « Le droit au recours juridictionnel effectif du particulier. Trois pas en avant, deux pas en arrière », *CDE*, 2002, pp. 3-8.
- D. WAELBROECK et A.-M. VERHEYDEN**, « Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires à la lumière du droit comparé et de la Convention des droits de l'homme », *CDE*, 1995, n°s 3-4, pp. 399-441.
- M. WAELBROECK**, « Le colloque de Vienne sur la Convention Européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 1965, pp. 553-566.
- « Le rôle de la Cour de justice dans la mise en oeuvre du traité CEE », *CDE*, 1982, pp. 345-380.
- « Le rôle de la Cour de justice dans la mise en oeuvre de l'Acte unique européen », *CDE*, 1989, pp. 41-62.
- « La Cour de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *CDE*, 1996, pp. 549-553.
- M. WATHELET**, « La Charte des droits fondamentaux : un bon pas dans une course qui reste longue », *CDE*, 2000, pp. 585-593.
- M. WATHELET et S. Van RAEPENBUSCH**, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse », *CDE*, 1997, pp. 13-63.
- J.H.H. WEILER et N.J.S. LOCKHART**, « *"Taking Rights Seriously" Seriously : the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence* », *CML Rev.*, 1995, pp. 51-94 et pp. 579-627.
- F. ZAMPINI**, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux "dans le cadre du droit communautaire" », *RTDE*, 1999, pp. 659-707.
- J. ZILLER**, « La Constitution pour l'Europe, parlons-en ! », *RMCUE*, 2006, pp. 145-150.

W. ZIMMER, « De nouvelles bases pour la coopération entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice de Luxembourg (à propos de BVerfGE, 7 juin 2000, Solange III) », *Europe*, 2001, n° 3, pp. 3-6.

C. Autres références

Anonyme, « Moscou lance l'union économique eurasienne », *La Tribune*, article mis en ligne sur Internet le 17 août 2006 à 23h30 et intégré à l'édition papier du 18 août 2006.

J.-Y. ART, « La justice Communautaire élargit le droit des entreprises à contester un règlement européen », *Les Échos*, vendredi 17 et samedi 18 mai 2002, p. 54.

G. AZIBERT, « Éditorial » in *Programme de formation initiale de l'École Nationale de la Magistrature 2005*, 84 p., pp. 4-5, document diffusé sur Internet : <http://www.enm.justice.fr/formation_initiale/pedagogie/2005/Programme%20de%20FI%202005.pdf>.

J.-C. COHEN, *Outils et méthodes de la prospective, Introduction et présentation de la démarche*, support de cours, Institut d'Administration des Entreprises d'Aix-en-Provence, janvier 2002, 8 p.

J. DELORS, Intervention sur *Europe 1*, le dimanche 25/02/01, dans l'émission *C'est arrivé demain*, présentée par Arlette CHABAUD, de 9 à 10h.

H.-J. HEINRICHS (propos recueillis par), « Peter Sloterdijk, un nouvel espace philosophique » in *Magazine littéraire*, septembre 1999, n° 379, dont le sommaire est disponible sur Internet : <http://www.magazine-litteraire.com/dossiers/dos_379.htm>.

L. MURPHY, « La Terre est Grise », commentaire sur l'ouvrage de Peter SLOTERDIJK, *Ni le soleil ni la mort*, Hachette Pluriel Référence, poche, essai, Paris, 2004, disponible sur Internet : <<http://www.fluctuat.net/476-Ni-le-soleil-ni-la-mort-Peter>>.

Synopsis du documentaire *Zaharoff, faiseur de guerres*, disponible sur le site Internet du *Festival international de programme audiovisuel*, rubrique sélection non compétitive, situations de la création européenne en 2006 : <http://www.fipa.tm.fr/programmes/?2006sce_14022>.

Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes).

– A –

Acte communautaire

- acte interinstitutionnel, V. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*.
- acte mixte ou hybride : 214, 805.
- clarification de la typologie : 799-801, 900.
- directive : 142, 195, 724.
- décision : 724.
- nature administrative ou législative : 202, 225.
- procédure d'adoption : 438.
- règlement : 133, 195, 202.

Activisme, V. *Légitimité (gouvernement des juges)*.

Acquis communautaire : 475.

Acte unique européen : 327, 487, 720, 790.

Adhésion de l'Union à la CESDH, V. *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*.

Allemagne : 110-111, 122, 305-307, 309, 312, 315, 458, 706, 754, 883.

Amsterdam (traité d'–) : 192, 250, 327, 330, 487, 490, 504, 517, 587, 720, 750, 757, 790.

Annulation, V. *Recours en annulation*.

Anticipation auto-réalisatrice : 109.

Application du droit communautaire par les États : 698-699.

Association (liberté d'–), V. *Droits fondamentaux (contenu)*.

Autonomie de l'institution, V. *Légitimité*.

Autorégulation des juges, V. *Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice*.

Autorité de chose jugée, V. *Cour de justice*.

Avocats généraux, V. *Cour de justice des Communautés européennes*.

Avortement : 715.

– B –

Belgique : 110-111, 649-650.

– C –

Carence, V. *Recours en carence*.

Chambre des Lords, V. *Royaume-Uni*.

Chambres juridictionnelles spécialisées, 823, 826-829. V. également *Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne*.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 2, 35, 328, 487, 493-496, 506, 587, 653-685, 738.

- devant les avocats généraux : 665-675.
- devant la CJCE : 665, 669, 676-684.
- devant le TPICE : 656-664.
- intérêt confortatif de la – : 653, 666, 668, 671-672, 680-684.
- opportunité d'un catalogue : 739.
- risque du double-emploi avec la CESDH : 740.
- source de PGDC : 653, 666, 668, 675.

- source d'inspiration du pouvoir décisionnel : 654, 674, 682.
 - théorie de l'acte interinstitutionnel : 666, 668, 671, 675, 678-679.
- Citoyenneté** : 3, 216. V. également *Droits fondamentaux (titulaire)*.
- – de l'Union européenne : 3, 738, 788-793, 894.
- « **Communautarité** » : 113.
- endogène : 120-123, 236, 244, 407-411, 436-439, 807, 878, 897.
 - néologisme, V. *Méthode*.
 - surjective : 124-127, 237, 239, 244, 412-416, 426, 434, 440-444, 807, 892, 897.
 - traduction (proposition de –) : 116.
- Communauté de droit**, V. « *Structure de droit* ».
- Communauté européenne de défense (CED)** : 298, 743.
- Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA)** : 208-210, 343-346, 426, 790.
- Communauté européenne économique (CEE)**, V. *Construction communautaire*.
- Communauté politique européenne (CEP)** : 298, 743.
- Communication (liberté –)**, V. *Droits fondamentaux (contenu)*.
- Compétences constitutives**, V. *Cour de justice (compétences)*.
- Concentrique (logique)**, V. *Hiérarchie des normes*.
- Concept autonome**, V. *Cour de justice (interprétation)*.
- Confiance légitime**, V. *Droits fondamentaux (contenu)*.
- Conseil constitutionnel français** : 122, 167, 294, 874-887.
- Conseil d'État de Belgique**, V. *Belgique*.
- Conseil d'État français** : 245, 361, 433, 462, 586, 644, 713, 773.
- Conseil de l'Europe** : 720.
- Constitution pour l'Europe (traité établissant une)**, V. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*.
- Constitutionnalité** : 105-107.
- Construction communautaire** : 495, 570-571, 595, 743.
- compétence d'attribution : 794.
 - constitutionnalisation : 4, 371.
 - coutume (influence de la –), V. *Coutume*.
 - fédéralisation, V. *Fédération*.
 - marché commun : 429-431, 487.
 - nature : 202.
 - objet économique : 284, 298, 473, 495, 570-571, 595, 743.
 - personnalité internationale (théorie implicite de la –) : 429-430.
 - retrait (droit de –), V. *Souveraineté (droit de retrait de l'Union)*.
- Union européenne** : 327.
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH)** : 311, 472-473, 479-483, 749.
- adhésion de l'Union à la – : 720, 726-729, 741-776, 899.
 - incorporation des droits de la – : 499, 750.
 - objet non économique : 298, 473, 482, 505.
 - ratification par l'ensemble des États membres de la construction communautaire : 311, 480, 743-744, 748.
 - responsabilité des États membres de l'Union pour le droit communautaire : 722-728.
 - succession d'États : 760-768.
 - utilisation de la – par la Cour de justice : 708, 710, 718.
- Coopération**
- – entre juges, V. *Dialogue des juges*.
 - – loyale : 82, 127, 226, 229.
- Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)** : 42
- autorégulation : 482, 721-725, 868-873.
 - question préjudicielle adressée par la Cour de justice (idée de –) : 755.

- utilisation par la – de la jurisprudence communautaire : 717, 728. V. également *Dialogue des juges*.
- utilisation par la – de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 729.
- utilisation de la jurisprudence de la – par la Cour de justice : 505, 683, 708, 718, 719. V. également *Dialogue des juges*.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, V. *Allemagne*.

Cour constitutionnelle italienne, V. *Italie*.

Cour de cassation de Belgique, V. *Belgique*.

Cour de cassation française : 245, 361, 644, 700-705, 773, 842-845.

Cour de justice : 42-43. V. également *Cour de justice des Communautés européennes*, *Tribunal de première instance des Communautés européennes*, *Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne*.

- autonomie de l'institution, V. *Légitimité*.
- autorégulation : 432-445, 503-507, 758, 869-873.
- autorité de chose jugée : 244.
- compétence : 177, 211, 223, 344-347.
 - « constitutive » (modèle de –) : 805-807.
 - en matière de droits fondamentaux : 489-490, 497-507. V. également *Droits fondamentaux*.
 - limites : 303, 421.
 - polyvalence : 374.
- délibéré (secret du –), V. *Légitimité*.
- encombrement de la – : 754, 809, 820.
- indépendance du juge, V. *Légitimité*.
- interprétation
 - concept autonome : 475.
 - limite : 421.
 - méthodes d'– : 211, 430.
 - pouvoir d'– : 345, 369, 419, 422-431.
- légitimité, V. ce mot.
- mandat (renouvellement du –), V. *Légitimité*.
- règlement de procédure : 382, 401-402.
- réorganisation interne de la – : 816-835.
- responsabilité du juge, V. ce mot.
- statut : 368, 379-380, 401.

Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)

- avocats généraux : 380, 390, 665, 713.
- compétence : 830.
- intitulé : 327, 860.

Cour suprême européenne : 777-780.

Coutume : 498-500.

– D –

Déclaration commune sur les droits fondamentaux, 299, 313, 485, 790.

Déficit démocratique, V. *Démocratie*.

Délibéré (secret du –), V. *Légitimité*.

Démocratie : 274-275, 278, 353-354, 407, 459, 463-464, 468, 499, 618.

- déficit démocratique : 416, 861.

Déni de justice : 196-204, 423, 723-724, 871-872. V. également *Droit à un recours juridictionnel*.

Dialogue des juges : 42, 54, 687-730, 896.

- – au sein de la Cour de justice : 639-686. V. également *Pourvoi*.

- – avec la CEDH : 708-719, 755.
- – avec les juges nationaux : 689-707, 874-887.

Domicile (inviolabilité du –), V. Droits fondamentaux (contenu).

Doute scientifique, V. Méthode.

Droit au juge, V. Droit à un recours juridictionnel.

Droit à un recours juridictionnel

- appel ou pourvoi : 830, 872.
- avocat général ou commissaire du gouvernement (place de –) 713.
- caractère de la « structure de droit », V. *Garantie des normes*.
- déni de justice, V. ce mot.
- – en droit national : 184, 202.
- – en droit communautaire : 179, 183-227, 321, 598-601, 753-754, 797.
- limitation : 199-205.
- garantie indirecte : 228-263.
- mise en œuvre pratique : 816, 819, 871-873.
- recevabilité limitée pour les particuliers, V. ce mot.

Droit au respect de la vie privée, V. Droits fondamentaux (contenu).

Droit comparé, V. Méthode.

Droit de propriété, V. Droits fondamentaux (contenu).

Droit international : 337, 407, 745.

- compétence du juge national, V. *Juge national*.
- interprétation : 350, 421, 423-424.
- juge international : 383, 479.
- nature de l'Union européenne, V. *Construction communautaire*.
- organisation internationale : 88-89.
- primauté : 156.
- PGD : 419.
- succession d'États, V. *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH)*.

Droits de l'être humain : 29, 36, 282-291, 499.

- contextualisation : 283-284.
- universalité : 292-295.

Droits de l'homme, V. Droits de l'être humain.

Droits de la défense et garanties procédurales, V. Droits fondamentaux (contenu).

Droits fondamentaux : 12, 28-40, 107, 303-316, 630-631, 894. V. également *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH)*, *Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)*, *Principes généraux du droit communautaire (PGDC)*.

- caractère controversé de la « structure de droit » : 10, 68-72, 265-297, 361-362, 895. V. également « *Structure de droit* ».
- carences de la protection des – communautaires : 6, 450, 518, 528, 636, 708-709, 734.
- codification des – communautaires : 487-496.
- contenu des – communautaires
 - confiance légitime : 583-586.
 - droit à un recours juridictionnel, V. ce mot.
 - droit au respect de la vie privée : 313, 614-617.
 - droit de ne pas témoigner contre soi-même : 712.
 - droit de propriété : 313, 602-605.
 - droits de la défense et garanties procédurales : 313, 438, 591-594.
 - droits sociaux : 429-430.
 - égalité et non-discrimination : 587-590.
 - inviolabilité du domicile : 610-613, 701-705, 717.
 - liberté d'association : 622-625.
 - liberté d'expression : 618-621.

- liberté de communication : 715-716.
- liberté de religion : 313, 524, 876, 880.
- liberté syndicale : 313, 626-629.
- libre exercice de l'activité économique : 313, 606-609.
- libre prestation de service : 715.
- proportionnalité : 572, 575-578.
- sécurité juridique : 579-582.
- fondement de la construction communautaire : 757.
- garantie : 41.
 - recours spécial : 754.
- limites : 43.
- titulaire : 294, 571, 717, 738, 783-793.

– E –

Effet direct : 81, 83, 110, 126, 128, 305, 429-430.

Effectivité, V. *Ordre juridique (communautaire)*.

Efficacité globale, V. *Ordre juridique*.

Égalité et non-discrimination, V. *Droits fondamentaux (contenu)*.

Empirisme, V. *Méthode*.

Encombrement de la Cour de justice, V. *Cour de justice*.

Équilibre institutionnel : 210, 408, 426, 433, 436, 438-439, 568.

- équilibre avec les souverainetés nationales : 440-445.
- séparation des pouvoirs : 355, 435. V. également ce mot.

Espagne : 754.

État de droit, V. « *Structure de droit* ».

États (succession d'–), V. *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*.

États-Unis : 468, 648.

Être humain (notion), V. *Droits de l'être humain*.

Expression (liberté), V. *Droits fondamentaux (contenu)*.

– F –

Fédération : 1, 202, 414, 792-796, 807, 877.

Finances communautaires, V. *Pouvoir budgétaire*

Fonctionnaires, V. *Requérants*.

France : 144, 402, 468, 480, 839-840, 842-845, 854. Voir également *Conseil constitutionnel français*, *Conseil d'État français*, et *Cour de cassation française*.

– G –

Garantie des normes : 174-264.

- caractère de la « structure de droit », 67, 320, 323. V. également « *Structure de droit* ».
- droit à un recours juridictionnel, V. ce mot.
- en général : 174.
- en droit communautaire : 366-369. V. également *Droits fondamentaux (garantie)*.
- – juridictionnelle : 176.

Gouvernement des juges, V. *Légitimité*.

– H –

Hierarchie des normes : 75-77, 119-128.

- caractère de la « structure de droit » : 67. V. également « *Structure de droit* ».
- clarification en droit communautaire, V. *Acte communautaire (clarification)*.
- concrétisation des normes : 124, 129-172.
- logique concentrique : 158.
- logique matricielle : 159.
- norme fondamentale/norme première : 7, 76, 78-100.
- paradoxe de la concrétisation : 131-148.
- principe hiérarchique : 150-153, 161-172.
- pyramide des normes : 151.
- remise en cause : 155-157, 163-164.
- sanction de la –, V. *Garantie des normes*.

Hongrie : 698, 706.

– I –

Incorporation des droits de la CESDH, V. *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH)*.

Indépendance du juge, V. *Légitimité*.

Interprétation (méthodes d'–)

- – du juge en général : 142, 345, 350-351.
- – de la Cour de justice, V. *Cour de justice (interprétation)*.

Interruption volontaire de grossesse (IVG), V. *Avortement*.

Inviolabilité du domicile, V. *Droits fondamentaux (contenu)*.

Irlande : 715, 750.

Italie : 310, 314, 458, 706.

– J –

Juge national

- compétence en matière communautaire : 42, 127, 231, 414, 452-469, 836, 880-881, 898.
 - gestion de la validité relative des normes nationales par rapport au droit communautaire : 170-171, 869-873.
 - formation au droit communautaire : 836-858.
 - interprétation : 423.
 - limite : 122.
- compétence en matière internationale : 97-99, 452-469, 843, 893.
- considération mutuelle des juges nationaux : 873, 882-887.
- reconnaissance du pouvoir judiciaire en droit national : 171, 352.

Jusnaturalisme (droit naturel), V. *Méthode*.

Justice constitutionnelle (modèle de –) : 805-807.

– L –

Langues (régime linguistique), V. *Multilinguisme*.

Légalité : 101, 103-111.

Légitimité : 11, 43-44, 330, 347-358, 427, 895, 899. V. également *Cour de justice (autorégulation)*.

- autonomie de l'institution : 382, 398-405.
 - administrative : 399-400.
 - financière : 399-400.
 - réglementaire : 399, 401-402.
- dernier mot : 354, 437, 507.
- – éthique : 356-358, 418-445.
- – fonctionnelle : 350-352.
- gouvernement des juges : 347-358, 420, 435.
- impartialité : 374, 380.
- indépendance du juge : 374-375, 385-397. V. également *Responsabilité du juge*.
 - inamovibilité : 380, 386, 394-395.
 - renouvellement du mandat des juges : 381, 383-384, 386-397.
 - secret du délibéré : 387-391.
- – institutionnelle : 353-355, 373-417.
- démocratique : 376, 406-416.
- statut, V. *Cour de justice*.

Liberté d'association, V. *Droits fondamentaux (contenu)*.

Liberté d'expression, V. *Droits fondamentaux (contenu)*.

Liberté de religion, V. *Droits fondamentaux (contenu)*.

Liberté syndicale, V. *Droits fondamentaux (contenu)*.

Libre exercice de l'activité économique, V. *Droits fondamentaux (contenu)*.

Linguistique, V. *Méthode*.

Loi : 19, 29-30, 408-410, 799-800.

Luxembourg : 310, 698.

– M –

Maastricht (traité de –) : 39, 300, 327, 330, 486-488, 595, 720, 738, 757, 790.

Manquement, V. *Recours en constatation de manquement*

Marché commun, V. *Construction communautaire*.

Matricielle (logique), V. *Hiérarchie des normes*.

Mentalités (évolution nécessaire des –) : 814, 859-873.

Méthode : 13-22, 24.

- bipartisme (rejet du –) : 73.
- doute scientifique : 15, 266.
- droit comparé : 19, 25, 32-33, 882.
- empirisme
 - expérience (stages) : 50-54.
 - tendances chiffrées : 9, 46-49, 518, 520, 522-634, 642-652.
- jusnaturalisme (droit naturel) : 36-37.
- linguistique : 18-21, 288, 350-351, 789-790, 860.
- méthodologie : 14-17, 152.
- néologisme : 20-21, 103, 112, 114-117.
- observation : 45-46, 49, 51, 115, 287, 520, 867.
- positivisme juridique : 38-40, 50, 74-75, 272-279.
- prospective stratégique : 736, 771, 777-781.
- relativité juridique : 16, 26, 33, 165, 167-168, 283-291, 402, 844, 864-873, 903-906.
- scientificité (recherche de –) : 16-17, 25, 52, 112, 296, 745.
- simplification du droit (danger de la –) : 859-864.
- sociologie, V. ce mot.

- « statocentrisme » (rejet du –) : 5-6, 20-21, 111-112, 180-181, 270, 281, 371, 377, 891.
- temporelle (méthodologie –) : 26, 193.

Méthodologie, V. *Méthode*.

Modèle de justice constitutionnelle, V. *Justice constitutionnelle*.

Multilinguisme : 139, 351, 426.

– N –

Nature juridique des Communautés et de l'Union, V. *Construction communautaire (nature)*.

Néologisme, V. *Méthode*.

Nice (traité de –) : 401, 809, 815-835.

Non-discrimination, V. *Principe d'égalité et de non-discrimination*.

Norme fondamentale, V. *Hiérarchie des normes*.

– O –

Observation, V. *Méthode*.

Ordre juridique

- efficacité globale : 97, 145, 440.
- – communautaire
 - autonomie : 144-148.
 - communication avec les ordres nationaux : 137-143.
 - degré d'externalisation des normes : 165, 168.
 - dépendance : 76-78, 91, 94, 145-147.
 - effectivité : 231.
 - effet direct, V. ce mot.
 - hiérarchie de normes communautaires, V. *Hiérarchie des normes*.
 - institutions (rôle des –) : 83.
 - irréversibilité : 84-90.
 - primauté, V. ce mot.
 - unité : 78.
 - validité des normes communautaires : 169.
- révolution : 97.
- validité : 78, 105, 164.

– P –

Paradoxe de la concrétisation, V. *Hiérarchie des normes*.

Parlement européen : 30, 319, 409-410, 799.

Parlements nationaux (rôle des –) : 500.

Particulier (personne physique ou morale), V. *Requérants*.

Personnalité internationale, V. *Construction communautaire*.

Positivisme juridique, V. *Méthode*.

Pourvoi : 642-651. V. également *Dialogue des juges*, *Voies de recours*.

Pouvoir budgétaire : 400, 409, 795.

Primauté du droit communautaire : 81-90, 110, 126-127, 167, 305, 309, 430. V. également *Effet direct*, *Traités internationaux*, *Constitution nationale*.

- conseil constitutionnel, V. ce mot.
- constitutions nationales : 95, 167, 310, 314-315, 361, 704.
- loi nationale : 95, 314.

Principe hiérarchique, V. *Hiérarchie des normes*.

Principes généraux du droit (PGD) : 360. V. également *Droit international*.

Principes généraux du droit communautaire (PGDC) : 36-40, 305-316, 347, 359-360, 364, 366 et s., 471 et s., 893. V. également *Droits fondamentaux*

- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, V. ce mot.
- Convention européenne de sauvegarde des droits fondamentaux, V. ce mot.
- –d'inspiration nationale : 445, 470 et s.
- outils internationaux (autres –) : 489-490, 504.
- traditions constitutionnelles communes aux États membres : 111, 308, 471-472, 474-478, 900-902.

Proportionnalité, V. *Droits fondamentaux (contenu)*.

Prospective stratégique, V. *Méthode*.

« **Puissance constitutive** » **communautaire** : 90, 93, 437.

- action incomplète : 487-496.
- impact du propos de la – sur la Cour de justice : 216, 219, 250, 330, 504, 660.
- impact du silence de la – sur la Cour de justice : 192, 204, 246-247, 253, 257, 263, 502, 653, 665, 684, 896.
- appel de la Cour de justice à une révision : 213, 224, 443, 485, 758.
- notion : 21.
- silence initial : 361, 367.

Pyramide des normes, V. *Hiérarchie des normes*.

– Q –

Questions préjudicielles, V. *Renvoi préjudiciel*

– R –

Recherche, V. *Méthode*.

Rechtsstaat, V. « *Structure de droit* ».

Recevabilité limitée des particuliers : 179, 183-227, 195, 206-226, 899.

- élargissement envisagé de la – : 214-218, 323, 783, 797-809, 900.
- justification de la – : 804.

Recours contre une sanction : 531.

- – et droits fondamentaux : 543-544.

Recours en annulation : 176-177.

- – et droits fondamentaux : 534-535.
- intérêt pour agir : 222.
- qualité pour agir : 222.
- recevabilité limitée pour les particuliers, V. ce mot.
- traité CECA : 208-209.

Recours en carence : 176-177, 531.

- et droits fondamentaux : 539-540.

Recours en constatation de manquement : 177, 237, 244, 248, 531, 697. V. également *Responsabilité de l'État membre*.

- astreinte : 251-255, 257-262.
- compétence envisagée du TPICE : 834.
- – et droits fondamentaux : 541-542.
- indemnité forfaitaire : 257-262.
- manquement sur manquement : 249-263, 896.

Recours en responsabilité : 177, 233-234, 531.

- – et droits fondamentaux : 537-538.

Règlement de procédure de la Cour de justice, V. *Cour de justice*.

Relativité juridique, V. *Méthode*.

Religion (liberté de –), V. *Droits fondamentaux (contenu)*.

Renvoi préjudiciel : 245, 413, 531, 694, 697.

- compétence envisagée du TPICE : 833.
- dialogue avec les juges nationaux, V. *Dialogue des juges*.
- – et droits fondamentaux : 536, 897.
- – et souveraineté nationale : 842-845.

Requérants : 194-195.

- institutionnels : 178, 548-555.
 - critique de la notion « requérants privilégiés » : 178, 181, 552.
 - États : 552-553.
 - institutions : 549-551.
- fonctionnaires : 531, 558, 565-566.
- particuliers : 179, 203, 556-567.
 - personnes morales, sociétés : 560-562.
 - personnes physiques, individus : 563-564.
 - recevabilité limitée des –, V. ce mot.

Respect de la vie privée (droit au –), V. *Droits fondamentaux (contenu)*.

Responsabilité de l'État membre : 233-234.

- – du fait de sa législation : 235-238.
- – du fait de ses juridictions : 239-247, 414, 896.
- recours en constatation de manquement, V. ce mot.

Responsabilité du juge : 393-396.

Retrait de l'Union européenne (droit de), V. *Souveraineté*.

Révolution, V. *Ordre juridique*.

Royaume-Uni : 86, 499, 698, 750.

Rule of law, V. « *Structure de droit* ».

– S –

Scientificité (recherche de –), V. *Méthode*.

Sécurité juridique, V. *Droits fondamentaux (contenu)*.

Séparation des pouvoirs : 97, 174-175, 275, 348, 353, 355, 402, 408, 432, 462-465, 799, 827.
V. également *Équilibre institutionnel*.

Sociologie : 51, 287, 865.

Souveraineté nationale : 91-99, 750, 765-768, 837 et s. V. également « *Puissance constitutive* » communautaire.

- crainte hégémonie d'autres États membres : 368, 383, 388-389, 805, 834.
- diffusion du pouvoir : 389, 396.
- équilibre avec le droit communautaire : 440-442.
- résistance aux droits de l'être humain : 495.
- retrait de l'Union européenne (droit de –) : 88-89.

« **Statocentrisme** » (rejet du –), V. *Méthode*.

Statut de la Cour de justice, V. *Cour de justice*.

« **Structure de droit** » : 10, 65.

- caractères, V. *Hiérarchie des normes*, *Garantie des normes*, *Droits fondamentaux*.
- Communauté de droit : 10, 26, 64-73, 299-300, 302, 317-324, 672, 892.
- État de droit : 10, 61, 64-67.
- *Rechtsstaat* : 10, 65, 274.
- *Rule of Law* : 10, 65, 274.
- Union de droit : 10, 26, 64-73, 300, 326-399.

Subsidiarité juridictionnelle : 689.

Succession d'États, V. *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH)*.

Surjection, V. « *Communautarité* ».

Stage, V. *Méthode (empirisme)*.

Statistiques, V. *Méthode (empirisme)*, *Tendances chiffrées*.

Syndicale (liberté –), V. *Droits fondamentaux (contenu)*.

– T –

Témoigner contre soi-même (droit de ne pas –), V. *Droits fondamentaux (contenu)*.

Tendances chiffrées : V. *Méthode (empirisme)*, *Tendances chiffrées*.

Traditions constitutionnelles communes aux États membres, V. *Principes généraux du droit communautaire (PGDC)*.

Traité d'Amsterdam, V. *Amsterdam (traité d'–)*.

Traité de Maastricht, V. *Maastricht (traité de)*.

Traité de Nice, V. *Nice (traité de)*.

Traité de Paris, V. *Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA)*.

Traité(s) de Rome, V. *Construction communautaire*.

Traité établissant une Constitution pour l'Europe : 2, 35, 225, 246, 327-329, 400, 410, 735, 784-810.

- adhésion de l'Union à la CESDH, V. *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH)*.
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, V. ce mot.
- influence du processus sur la CEDH : 726-730.
- influence du processus sur la Cour de justice : 246, 333, 338, 669, 675, 684. V. également « *Puissance constitutive* » communautaire (*impacts*).

Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) : 638, 820, 830-835.

Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (TFPUE) : 638, 823-825.

– U –

Union de droit, V. « *Structure de droit* ».

Union européenne, V. *Construction communautaire*.

Universalité des droits de l'être humain, V. *Droits de l'être humain*.

– V –

Validité, V. *Ordre juridique*.

Vie privée (droit au respect de la –), V. *Droits fondamentaux (contenu)*.

Voies de recours : 830.

- système complet : 226-227, 529.

Index de la jurisprudence citée

(Les chiffres en gras renvoient aux numéros des paragraphes).

I. JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE

A. La CJCE

1. Arrêts de la Cour

- CJCE, 21.12.1954 France c/ Haute Autorité, aff. 1/54, *Rec.*, p. 7 : **425**.
- CJCE, 11.02.1955 Associazione Industrie Siderurgiche Italiane (ASSIDER) c/ Haute Autorité, aff. 3/54, *Rec.*, p. 123 : **430**.
- CJCE, 11.02.1955 Industrie Siderurgiche Associate (ISA) c/ Haute Autorité, aff. 4/54, *Rec.*, p. 177 : **430**.
- CJCE, 16.07.1956 Fédération Charbonnière de Belgique c/ Haute Autorité de la CECA, aff. 8-55, *Rec.*, p. 201 : **202, 575**.
- CJCE, 12.07.1957 Algera e.a. c/ Assemblée commune, aff. jointes 7/56 et 3 à 7/57, *Rec.*, p. 81 : **196, 204**.
- CJCE, 12.06.1958 Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse c/ Haute Autorité, aff. 2/57, *Rec.*, p. 131 : **663**.
- CJCE, 04.02.1959 Friedrich Stork & Cie c/ Haute Autorité, aff. 1/58, *Rec.*, p. 43 : **303**.
- CJCE, 17.07.1959 Société nouvelle des usines de Pontlieue – Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) c/ Haute Autorité, aff. jointes 32 et 33/58, *Rec.*, p. 275 : **579**.
- CJCE, 15.07.1960 Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr, "Präsident", "Geitling", "Mausegatt", et Entreprise I. Nold KG c/ Haute Autorité, aff. jointes 36, 38 et 40/59, *Rec.*, p. 857 : **303**.
- CJCE, 16.12.1960 Jean-E. Humblet c/ État belge, aff. 6/60, *Rec.*, p. 1125 : **236, 598**.
- CJCE, 22.03.1961 Société nouvelle des usines de Pontlieue - Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) c/ Haute Autorité, aff. jointes 42 et 49/59, *Rec.*, p. 103 : **591**.
- CJCE, 01.06.1961 Gabriel Simon c/ Cour de justice, aff. 15/60, *Rec.*, p. 225 : **579**.
- CJCE, 13.07.1962 Klöckner-Werke AG et Hoesch AG c/ Haute Autorité, aff. jointes 17 et 20/61, *Rec.*, p. 615 : **587**.
- CJCE, 13.07.1962 Mannesmann AG c/ Haute Autorité, aff. 19/61, *Rec.*, p. 675 : **587**.
- CJCE, 14.12.1962 Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e.a. c/ Conseil, aff. jointes 16/62 et 17/62, *Rec.*, p. 901 : **211**.
- CJCE, 14.12.1962 Fédération nationale de la boucherie en gros et du commerce en gros des viandes e.a. c/ Conseil, aff. jointes 19/62 à 22/62, *Rec.*, p. 943 : **211**.
- CJCE, 05.02.1963 Van Gend en Loos c/ Administratie der Belastingen, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3 : **76, 96, 126, 230, 235, 304, 426**.
- CJCE, 15.07.1963 Plaumann & Co. c/ Commission, aff. 25/62, *Rec.*, p. 199 : **212**.
- CJCE, 15.07.1964 Flaminio Costa c/ ENEL, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141 : **76, 82, 99, 126, 147, 230, 235, 304, 359, 413**.
- CJCE, 01.04.1965 Marcello Sgarlata e.a. c/ Commission, aff. 40/64, *Rec.*, p. 279 : **212**.
- CJCE, 01.07.1965 Alfred Toepfer et Getreide-Import Gesellschaft c/ Commission, aff. jointes 106 et 107/63, *Rec.*, p. 525 : **212**.
- CJCE, 13.07.1965 Lemmerz Werke c/ Haute Autorité, aff. 111/63, *Rec.*, p. 835 : **579**.

- CJCE, 12.11.1969 Erich Stauder c/ Ville d'Ulm – Sozialamt, aff. 26/69, *Rec.*, p. 419 : **45, 299, 306, 471, 689.**
- CJCE, 15.07.1970 ACF Chemiefarma c/ Commission, aff. 41/69, *Rec.*, p. 661 : **438.**
- CJCE, 17.12.1970 Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, aff. 11/70, *Rec.*, p. 1125 : **110, 299, 307, 359, 471, 475, 706.**
- CJCE, 17.12.1970 Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel c/ Köster et Berodt & Co, aff. 25/70, *Rec.*, p. 1161 : **310.**
- CJCE, 31.03.1971 Commission c/ Conseil, affaire dite « Accord européen sur les transports routiers (AETR) », aff. 22/70, *Rec.*, p. 263 : **430.**
- CJCE, 13.05.1971 NV International Fruit Company e.a. c/ Commission, aff. jointes 41 à 44/70, *Rec.*, p. 411 : **212.**
- CJCE, 12.12.1972 International Fruit Company NV e.a. c/ Produktschap voor Groenten en Fruit, aff. jointes 21 à 24/72, *Rec.*, p. 1219 : **762, 766, 767.**
- CJCE, 04.04.1974 Commission c/ France, aff. 167/73, *Rec.*, p. 359 : **249.**
- CJCE, 14.05.1974 J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c/ Commission, aff. 4/73, *Rec.*, p. 491 : **299, 311, 472, 489, 602, 606, 708.**
- CJCE, 08.10.1974 Syndicat général du personnel des organismes européens c/ Commission, aff. 18/74, *Rec.*, p. 933 : **313, 626.**
- CJCE, 04.12.1974 Van Duyn c/ Home office, aff. 41/74, *Rec.*, p. 1337 : **126.**
- CJCE, 18.03.1975 Marie-Louise Acton e.a. c/ Commission, aff. jointes 44, 46 et 49/74, *Rec.*, p. 383 : **626.**
- CJCE, 28.10.1975 Roland Rutili c/ Ministre de l'intérieur, aff. 36/75, *Rec.*, p. 1219 : **472, 479, 626, 708.**
- CJCE, 30.10.1975 Rey Soda c/ Cassa Conguaglio Zuccheri, aff. 23-75, *Rec.*, p. 1279 : **413.**
- CJCE, 18.11.1975 Société CAM SA c/ Commission, aff. 100-74, *Rec.*, p. 1393 : **583.**
- CJCE, 22.01.1976 Carmine Antonio Russo c/ Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo (AIMA), aff. 60/75, *Rec.*, p. 45 : **236.**
- CJCE, 27.10.1976 Vivien Prais c/ Conseil, aff. 130/75, *Rec.*, p. 1589 : **313.**
- CJCE, 17.02.1977 Confédération française démocratique du travail (CFDT) c/ Conseil, aff. 66/76, *Rec.*, p. 305 : **204, 213.**
- CJCE, 05.07.1977 Bela-Mühle Josef Bergmann KG c/ Grows-Farm GmbH & CO. KG, aff. 114/76, *Rec.*, p. 1211 : **575.**
- CJCE, 05.07.1977 Granaria BV c/ Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten, aff. 116/76, *Rec.*, p. 1247 : **575.**
- CJCE, 05.07.1977 Ölmühle Hambourg AG c/ Hauptzollamt Hamburg-Waltershof et Kurt A. Becher c/ Hauptzollamt Bremen-Nord, aff. jointes 119 et 120/76, *Rec.*, p. 1269 : **575.**
- CJCE, 09.03.1978 Amministrazione delle finanze dello Stato c/ SA Simmenthal, aff. 106/77, *Rec.*, p. 629 : **126, 235.**
- CJCE, 15.06.1978 Gabrielle Defrenne c/ SA belge de navigation aérienne Sabena, aff. 149/77, *Rec.*, p. 1365 : **313, 489, 587.**
- CJCE, 28.06.1978 Simmenthal SpA c/ Amministrazione delle finanze, aff. 70/77, *Rec.*, p. 1453 : **314, 536.**
- CJCE, 13.02.1979 Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission, aff. 85/76, *Rec.*, p. 461 : **313, 591.**
- CJCE, 16.05.1979 Ditta Angelo Tomadini Snc c/ Amministrazione delle finanze dello Stato, aff. 84/78, *Rec.*, p. 1801 : **583.**

- CJCE, 27.09.1979 SpA Eridania - Zuccherifici nazionali et SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri c/ Ministre de l'agriculture et des forêts, Ministre de l'industrie, du commerce et de l'artisanat et SpA Zuccherifici meridionali, aff. 230/78, *Rec.*, p. 2749 : **313, 606**.
- CJCE, 13.12.1979 Liselotte Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz, aff. 44/79, *Rec.*, p. 3727 : **313, 602, 606, 711**.
- CJCE, 19.06.1980 Vittorio Testa, Salvino Maggio et Carmine Vitale c/ Bundesanstalt für Arbeit, aff. jointes 41, 121 et 796/79, *Rec.*, p. 1979 : **602**.
- CJCE, 26.06.1980 National Panasonic (UK) Limited c/ Commission, aff. 136/79, *Rec.*, p. 2033 : **313, 614**.
- CJCE, 16.06.1981 Maria Salonia c/ Giorgio Poidomani et Franca Giglio, veuve Baglieri, aff. 126/80, *Rec.*, p. 1563 : **536**.
- CJCE, 06.10.1982 CILFIT, aff. 283/81, *Rec.*, p. 3415 : **693**.
- CJCE, 15.12.1982 Hauptzollamt Krefeld c/ Maizena GmbH, aff. 5/82, *Rec.*, p. 4601 : **583**.
- CJCE, 23.02.1983 Kommanditgesellschaft in der Firma Hans-Otto Wagner GmbH Agrarhandel c/ Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordeung, aff. 8/82, *Rec.*, p. 371 : **587**.
- CJCE, 19.05.1983 Vassilis Mavridis c/ Parlement européen, aff. 289/81, *Rec.*, p. 1731 : **583**.
- CJCE, 17.01.1984 Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, et Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB, c/ Commission, aff. jointes 43 et 63/82, *Rec.*, p. 19 : **618**.
- CJCE, 21.02.1984 Allied Corporation ea c/ Commission, aff. jointes 239 et 275/82, *Rec.*, p. 1005 : **212**.
- CJCE, 10.07.1984 Regina c/ Kent Kirk, aff. 63/83, *Rec.*, p. 2689 : **579**.
- CJCE, 23.04.1986 Les Verts c/ Parlement, aff. 294/83, *Rec.*, p. 1339 : **23, 76, 101, 105, 182, 186, 299, 318, 425, 468**.
- CJCE, 15.05.1986 Marguerite Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, aff. 222/84, *Rec.*, p. 1651 : **179, 184, 186, 188, 321, 598**.
- CJCE, 08.10.1986 Ministère public de Fribourg c/ Franz Keller, aff. 234/85, *Rec.*, p. 2897 : **606**.
- CJCE, 01.04.1987 C. Dufay c/ Parlement, aff. 257/85, *Rec.*, p. 1561 : **210**.
- CJCE, 11.06.1987 Pretore di Salò c/ X, aff. 14/86, *Rec.*, p. 2545 : **413**.
- CJCE, 15.10.1987 Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) c/ Georges Heylens e.a., aff. 222/86, *Rec.*, p. 4097 : **189, 321**.
- CJCE, 22.10.1987 Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost, aff. 314/85, *Rec.*, p. 4199 : **76, 122**.
- CJCE, 02.02.1988 Vincent Blaizot c/ Université de Liège e.a., aff. 24/86, *Rec.*, p. 379 : **489**.
- CJCE, 22.02.1989 Commission c/ France et Royaume-Uni, aff. jointes 92 et 93/87, *Rec.*, p. 405 : **579**.
- CJCE, 18.06.1989 ERT c/ DEP, aff. C-260/89, *Rec.*, p. I-2925 : **716**.
- CJCE, 13.07.1989 Wachauf c/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, aff. 5/88, *Rec.*, p. 2609 : **7**.
- CJCE, 21.09.1989 Hoechst AG c/ Commission, aff. jointes 46/87 et 277/88, *Rec.*, p. 2859 : **610, 614, 701, 717**.
- CJCE, 17.10.1989 Dow Chemical Ibérica SA e.a. c/ Commission, aff. jointes 97 à 99/87, *Rec.*, p. 3165 : **303, 610, 701**.
- CJCE, 17.10.1989 Dow Benelux NV c/ Commission, aff. 85/87, *Rec.*, p. 3137 : **610, 701**.
- CJCE, 18.10.1989 Orkem c/ Commission, aff. 374/87, *Rec.*, p. 3283 : **489, 712**.
- CJCE, 22.02.1990 CECA c/ Busseni, aff. C-221/88, *Rec.*, p. I-495 : **698**.

- CJCE, 14.03.1990 Nashua Corporation e.a. c/ Commission et Conseil, aff. jointes C-133 et 150/87, *Rec.*, p. I-719 : **214**.
- CJCE, 17.05.1990 Barber c/ Guardian Royal Exchange Assurance Group, aff. 262/88, *Rec.*, p. I-1889 : **437**.
- CJCE, 19.06.1990 The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame Ltd e.a., aff. C-213/89, *Rec.*, p. I-2433 : **86, 142**.
- CJCE, 12.07.1990 A. Foster e.a. c/ British Gas plc, aff. C-188/89, *Rec.*, p. I-3313 : **237**.
- CJCE, 13.11.1990 Marleasing c/ Comercial Internacional de Alimentación, C-106/89, *Rec.*, p. I-4135 : **426**.
- CJCE, 16.05.1991 Extramet c/ Conseil, aff. C-358/89, *Rec.*, p. I-2501 : **214**.
- CJCE, 11.06.1991 Commission c/ France, aff. C-64/88, *Rec.*, p. I-2727 : **256**.
- CJCE, 18.06.1991 Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT) et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c/ Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas e.a., aff. C-260/89, *Rec.*, p. I-2925 : **618**.
- CJCE, 11.07.1991 A. Verholen e.a. c/ Sociale Verzekeringsbank Amsterdam, aff. jointes C-87 à 89/90, *Rec.*, p. I-3757 : **536**.
- CJCE, 04.10.1991 Society for the protection of unborn children Ireland c/ Grogan e.a., aff. C-159/90, *Rec.*, p. I-4685 : **715**.
- CJCE, 19.11.1991 Andrea Francovich et Danila Bonifaci e.a. c/ République italienne, aff. jointes C-6 et 9/90, *Rec.*, p. I-5357 : **237, 238**.
- CJCE, 07.04.1992 Commission c/ Grèce, aff. C-45/91, *Rec.*, p. I-2509 : **251**.
- CJCE, 19.05.1992 Mulder e.a. et Heinemann c/ Conseil et Commission, aff. jointes C-104/89 et C-37/90, *Rec.*, p. I-3061 : **537**.
- CJCE, 03.12.1992 Oleificio Borelli SpA c/ Commission, aff. C-97/91, *Rec.*, p. I-6313 : **189**.
- CJCE, 23.03.1993 Weber c/ Parlement, C-314/91, *Rec.*, p. I-1093 : **76**.
- CJCE, 08.05.1994 Codorníu SA c/ Conseil, aff. C-309/89, *Rec.*, p. I-1853 : **214, 639**.
- CJCE, 05.10.1994 X c/ Commission, aff. C-404/92 P, *Rec.*, p. I-4737 : **614**.
- CJCE, 15.12.1995 Union royale belge des sociétés de football association ASBL c/ Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA c/ Jean-Marc Bosman e.a. et Union des associations européennes de football (UEFA) c/ Jean-Marc Bosman, affaire dite Bosman, aff. C-415/93, *Rec.*, p. I-4921 : **622**.
- CJCE, 05.03.1996 Brasserie du Pêcheur SA c/ Bundesrepublik Deutschland et The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame Ltd e.a., aff. jointes C-46 et 48/93, *Rec.*, p. I-1029 : **237**.
- CJCE, 07.03.1996 Commission c/ France, aff. C-334/94, *Rec.*, p. I-1307 : **249**.
- CJCE, 19.03.1996 Commission c/ Conseil, aff. C-25/94, *Rec.*, p. I-1469 : **666**.
- CJCE, 30.04.1996 P c/ S et Cornwall County Council, aff. C-13/94, *Rec.*, p. I-1763 : **450**.
- CJCE, 17.02.1997 CFDT c/ Conseil, aff. 66/76, *Rec.*, p. 305 : **723**.
- CJCE, 29.05.1997 Kremzow c/ Republik Österreich, C-299/95, *Rec.*, p. I-2629 : **192, 703**.
- CJCE, 12.02.1998 Commission c/ Espagne, aff. C-92/96, *Rec.*, p. I-505 : **253**.
- CJCE, 17.02.1998 Lisa Jacqueline Grant c/ South-West Trains Ltd, aff. C-249/96, *Rec.*, p. I-621 : **44, 363, 450, 504**.
- CJCE, 02.04.1998 Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) e.a. c/ Commission, aff. C-321/95 P, *Rec.*, p. I-1651 : **227**.
- CJCE, 12.05.1998 Commission c/ Conseil, aff. C-170/96, *Rec.*, p. I-2763 : **444**.
- CJCE, 17.12.1998 Baustahlgewebe GmbH c/ Commission, aff. C-185/95 P, *Rec.*, p. I-8417 : **191, 321, 518, 537, 598**.
- CJCE, 28.01.1999 D c/ Conseil, aff. T-264/97, *Rec.*, p. II-1 : **614**.

CJCE, 08.07.1999 Huls c/ Commission, aff. C-199/92 P, *Rec.*, p. I-4287 : **524**.

CJCE, 08.07.1999 Montecatini SpA c/ Commission, aff. C-235/92 P, *Rec.*, p. I-4539 : **622**.

CJCE, 11.01.2000 Tanja Kreil c/ Allemagne, aff. C-285/98, *Rec.*, p. I-69 : **126, 156**.

CJCE, 04.07.2000 Commission c/ Grèce, aff. 387/97, *Rec.*, p. I-5047 : **250, 256**.

CJCE, 14.07.2000 Michael Cwik c/ Commission, aff. T-82/99, *Rec.*, p. II-713 : **618**.

CJCE, 06.03.2001 Bernard Connolly c/ Commission, aff. C-274/99 P, *Rec.*, p. I-1611 : **618**.

CJCE, 02.10.2001 Jean-Claude Martinez, Charles de Gaulle, Front national et Emma Bonino e.a. c/ Parlement, aff. jointes T-222, 327 et T-329/99, *Rec.*, p. II-2823 : **622**.

CJCE, 13.12.2001 Commission c/ Michael Cwik, aff. C-340/00, *Rec.*, p. I-10269 : **518**.

CJCE, 11.07.2002 Mary Carpenter c/ Secretary of State for the Home Department, aff. C-60/00, *Rec.*, p. I-6279 : **614**.

CJCE, 25.07.2002 Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677 : **71, 178, 182, 223, 224, 226, 245, 331, 425, 437, 524, 633, 639, 651**.

CJCE, 22.10.2002 Roquette Frères SA c/ Commission, aff. C-94/00, *Rec.*, p. I-9011 : **610, 611, 701, 717**.

CJCE, 22.10.2002 National Farmers' Union, aff. C-241/01, *Rec.*, p. I-9079 : **127**.

CJCE, 10.12.2002 British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd c/ Secretary of State for Health, aff. C-491/01, *Rec.*, p. I-11453 : **671**.

CJCE, 11.02.2003 Gozutök et Brugge, aff. C-187/01 et C-385/01, *Rec.*, p. I-1345 : **502**.

CJCE, 06.03.2003 Commission c/ Luxembourg, aff. C-478/01, *Rec.*, p. I-2351 : **579**.

CJCE, 10.07.2003 Commission c/ BEI, aff. C-15/00, *Rec.*, p. I-7281 : **76**.

CJCE, 30.09.2003 Gerhard Köbler c/ Autriche, aff. C-224/01, *Rec.*, p. I-10239 : **239, 241, 243, 244, 696**.

CJCE, 23.10.2003 RTL Television, aff. C-245/01, *Rec.*, p. I-12489 : **716**.

CJCE, 06.11.2003 Bodil Lindqvist, aff. C-101/01, *Rec.*, p. I-12971 : **678**.

CJCE, 25.11.2003 Commission c/ Espagne, aff. C-278/01, *Rec.*, p. I-14141 : **253**.

CJCE, 09.12.2003 Commission c/ Italie, aff. C-129/00, *Rec.*, p. I-14637 : **244, 696**.

CJCE, 07.01.2004 Aalborg Portland e.a. c/ Commission, aff. jointes C-204, 205, 211, 213, 217 et 219/00 P, *Rec.*, p. I-123 : **712**.

CJCE, 13.01.2004 Kühne & Heitz NV c/ Productschap voor Pluimvee en Eieren, aff. C-453/00, *Rec.*, p. I-837 : **244, 696**.

CJCE, 01.04.2004 Commission c/ Jégo-Quéré, aff. C-263/02 P, *Rec.*, p. I-3425 : **223**.

CJCE, 29.04.2004 Parlement c/ Patrick Reynolds, aff. C-111/02 P, *Rec.*, p. I-5475 : **438**.

CJCE, 29.04.2004 Commission c/ CAS Succhi di Frutta, aff. C-496/99 P, *Rec.*, p. I-3801 : **322**.

CJCE, 01.02.2005 Commission c/ Autriche, aff. C-203/03, *Rec.*, p. I-935 : **504**.

CJCE, 22.02.2005 Commission c/ max-mobil, aff. C-141/02 P, *Rec.*, p. I-1283 : **678**.

CJCE, 10.03.2005 Miraglia, aff. C-469/03, *Rec.*, p. I-2009 : **502**.

CJCE, 15.03.2005 Espagne c/ Eurojust, aff. C-160/03, *Rec.*, p. I-2077 : **332**.

CJCE, 14.04.2005 Belgique c/ Commission, aff. C-110/03, *Rec.*, p. I-2801 : **587**.

CJCE, 28.04.2005 Commission c/ Italie, aff. C-410/03, *Rec.*, p. I-3507 : **504**.

CJCE, 12.05.2005 Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSA, aff. C-347/03, *Rec.*, p. I-3785 : **706**.

CJCE, 28.06.2005 Dansk Rørindustri A/S e.a. c/ Commission, aff. jointes C-189, 202, 205 à 208 et 213/02 P, *Rec.*, p. I-05425 : **583**.

CJCE, 12.07.2005 Commission c/ France, aff. C-304/02, *Rec.*, p. I-6263 : **260, 840**.

CJCE, 13.09.2005 Commission c/ Conseil, aff. C-176/03, *Rec.*, p. I-7879 : **444**.

- CJCE, 20.10.2005 Pays-Bas c/ Ten Kate Holding Musselkanaal BV e.a., aff. C-511/03, *Rec.*, p. I-8979 : **263**.
- CJCE, 22.11.2005 Mangold, aff. C-144/04, *Rec.*, p. I-9981 : **504**.
- CJCE, 16.01.2006 Asian Institute of Technology (AIT) c/ Commission, aff. C-547/03 P, *Rec.*, p. I-845 : **506**.
- CJCE, 09.03.2006 Van Esbroeck, aff. C-436/04, *Rec.*, p. I-2333 : **504**.
- CJCE, 14.03.2006 Commission c/ France, C-177/04, *Rec.*, p. I-2461 : **262**.
- CJCE, 16.03.2006 Rosmarie Kapferer c/ Schlank & Schick GmbH, aff. C-234/04, *Rec.*, p. I-2585 : **244, 696**.
- CJCE, 04.05.2006 Diane Barker c/ London Borough of Bromley, aff. 290/03, *Rec.*, p. I-3949 : **262**.
- CJCE, 04.05.2006 Commission c/ Royaume-Uni, aff. C-508/03, *Rec.*, p. I-3969 : **262**.
- CJCE, 04.05.2006 Commission c/ Royaume-Uni, aff. C-98/04, *Rec.*, p. I-4003 : **262**.
- CJCE, 18.05.2006 Commission c/ Espagne, aff. C-221/04, *Rec.*, p. I-4515 : **262**.
- CJCE, 30.05.2006 Parlement c/ Conseil, aff. jointes C-317 et 318/04, *Rec.*, p. I-4721 : **614**.
- CJCE, 13.06.2006 Traghetti del Mediterraneo SpA c/ Repubblica italiana, aff. C-173/03, *Rec.*, p. I-5177 : **244**.
- CJCE, 15.06.2006 Commission c/ Suède, aff. C-459/04, *Rec.*, p. I-79* : **142**.
- CJCE, 27.06.2006 Parlement c/ Conseil, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769 : **507, 654, 676, 678, 679, 683, 718, 729**.

2. Ordonnances de la Cour

- CJCE, Ord., 13.07.1990 J. J. Zwartveld e.a., aff. C-2/88, *Rec.*, p. I-3365 : **76, 82, 127**.
- CJCE, Ord., 07.04.1995 Procédure pénale c/ Juan Carlos Grau Gomis e.a., aff. C-167/94, *Rec.*, p. I-1023 : **413**.
- CJCE, Ord., 04.02.2000 Emesa Sugar, aff. C-17/98, *Rec.*, p. I-665 : **713**.
- CJCE, Ord., 18.10.2002 Commission c/ Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, aff. C-232/02 P(R)_1, *Rec.*, p. I-8977 : **506, 671**.
- CJCE, Ord., 12.12.2003 Bactria Industriehygiene-Service Verwaltungs GmbH c/ Commission, aff. C-258/02 P, *Rec.*, p. I-15105 : **438**.
- CJCE, Ord., 16.06.2004 Commission c/ France, aff. C-304/02_1, *Rec.*, p. I-6263 : **258**.
- CJCE, Ord., 15.02.2005 PKK et KNK c/ Conseil, aff. T-229/02_1, *Rec.*, p. II-539 : **121**.
- CJCE, Ord., 06.10.2005 Procédure pénale c/ Attila Vajnai, aff. C-328/04_1, *Rec.*, p. I-8577 : **706**.

3. Conclusions

- 15.07.1960 Conclusions de l'avocat général LAGRANGE, rendues sur l'arrêt du 15.07.1960, Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr, "Präsident", "Geitling", "Mausegatt", et Entreprise I. Nold KG c/ Haute Autorité, aff. jointes 36, 37, 38 et 40/59, *Rec.*, p. 857 : **347**.
- 14.12.1962 Conclusions de l'avocat général LAGRANGE, rendues sur l'arrêt du 14.12.1962, Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e.a. c/ Conseil, aff. jointes 16/62 et 17/62, *Rec.*, p. 901 : **211**.

- 01.02.2001 Conclusions de l'avocat général ALBER, rendues sur l'arrêt du 17.05.2001, TNT Traco SpA c/ Poste Italiane SpA (anciennement, Ente Poste Italiane), Michele Carbone, Raffaele Ciriolo et Clemente Marino, aff. C-340/99, *Rec.*, p. I-4109 : **653**.
- 08.02.2001 Conclusions de l'avocat général TIZZANO, rendues sur l'arrêt du 26.06.2001, Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) c/ Secretary of State for Trade and Industry, aff. C-173/99, *Rec.*, p. I-4881 : **653, 668**.
- 22.02.2001 Conclusions de l'avocat général MISCHO, rendues sur l'arrêt du 31.05.2001, D. et Suède c/ Conseil, aff. jointes C-122 et 125/99 P, *Rec.*, p. I-4319 : **653**.
- 21.03.2001 Conclusions de l'avocat général JACOBS, rendues sur l'arrêt du 25.07.2002, Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677 : **194, 196, 219, 220, 668, 784**.
- 22.03.2001 Conclusions de l'avocat général JACOBS, rendues sur l'arrêt du 27.11.2001, Z. c/ Parlement, aff. C-270/99 P, *Rec.*, p. I-9197 : **653, 667, 668**.
- 31.05.2001 Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL, rendues sur l'arrêt du 15.11.2001, Commission c/ Italie, aff. C-49/00, *Rec.*, p. I-8575 : **653**.
- 14.06.2001 Conclusions de l'avocat général JACOBS, rendues sur l'arrêt du 9.10.2001, Pays-Bas c/ Parlement et Conseil, aff. C-377/98, *Rec.*, p. I-7079 : **653**.
- 28.06.2001 Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, rendues sur l'arrêt du 29.11.2001, François De Coster c/ Collège des bourgmestres et échevins de Watermael-Boitsfort, aff. C-17/00, *Rec.*, p. I-9445 : **833**.
- 05.07.2001 Conclusions de l'avocat général GEEHLOED, rendues sur l'arrêt du 17.09.2002, Maria Belen Baumbast et R c/ Secretary of State for the Home Department, aff. C-413/99, *Rec.*, p. I-7091 : **653**.
- 10.07.2001 Conclusions de l'avocat général LÉGER, rendues sur l'arrêt du 19.02.2002, Wouters e.a., aff. C-309/99, *Rec.*, p. I-1577 : **653**.
- 10.07.2001 Conclusions de l'avocat général LÉGER, rendues sur l'arrêt du 6.12.2001, Conseil c/ Heidi Hautala, aff. C-353/99 P, *Rec.*, p. I-9565 : **653**.
- 12.07.2001 Conclusions de l'avocat général GEELHOED, rendues sur l'arrêt du 20.06.2002, Mulligan e.a., aff. C-313/99, *Rec.*, p. I-5719 : **653**.
- 13.09.2001 Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL, rendues sur l'arrêt du 25.07.2002, MRAX, aff. C-459/99, *Rec.*, p. I-6591 : **653**.
- 13.09.2001 Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL, rendues sur l'arrêt du 11.07.2002, Carpenter, aff. C-60/00, *Rec.*, p. I-6279 : **653**.
- 20.09.2001 Conclusions de l'avocat général MISCHO, rendues sur l'arrêt du 10.07.2003, Booker Aquaculture et Hydro Seafood, aff. jointes C-20 et 64/00, *Rec.*, p. I-7411 : **653**.
- 27.11.2001 Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL, rendues sur l'arrêt du 11.07.2002, Käserei Champignon Hofmeister, aff. C-210/00, *Rec.*, p. I-6453 : **653**.
- 04.12.2001 Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, rendues sur l'arrêt du 5.11.2002, Überseering BV c/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), aff. C-208/00, *Rec.*, p. I-9919 : **653**.
- 06.12.2001 Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL, rendues sur l'arrêt du 19.03.2002, Commission c/ Italie, Aff. C-224/00, *Rec.*, p. I-2965 : **653**.
- 21.02.2002 Conclusions de l'avocat général GEELHOED, rendues sur l'arrêt du 11.07.2002, D'Hoop, aff. C-224/98, *Rec.*, p. I-6191 : **672**.
- 21.03.2002 Conclusions de l'avocat général JACOBS, rendues sur l'arrêt du 25.07.2002, Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677 : **506, 529, 569**.
- 11.07.2002 Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, rendues sur l'arrêt du 6.03.2003, Kaba, aff. C-466/00, *Rec.*, p. I-2219 : **674**.

- 10.09.2002 Conclusions de l'avocat général GEELHOED, rendues sur l'arrêt du 10.12.2002, British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd c/ Secretary of State for Health, aff. C-491/01, *Rec.*, p. I-11453 : **668, 672**.
- 19.09.2002 Conclusions de l'avocat général TIZZANO, rendues sur l'arrêt du 6.11.2003, Bodil Lindqvist, aff. C-101/01, *Rec.*, p. I-12971 : **670**.
- 19.09.2002 Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, rendues sur l'arrêt du 11.02.2003, Gözütok et Brügge, aff. C-187/01, *Rec.*, p. I-1345 : **674**.
- 17.10.2002 Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, rendues sur l'arrêt du 18.09.2003, Volkswagen c/ Commission, aff. C-338/00 P, *Rec.*, p. I-9189 : **674**.
- 24.10.2002 Conclusions de l'avocat général ALBER, sur l'arrêt du 4.12.2003, Evans, aff. C-63/01, *Rec.*, p. I-14447 : **672**.
- 07.11.2002 Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL, 7.11.2002, rendues sur l'arrêt du 27.11.2003, Enirisorse, aff. jointes C-634 à 38/01, *Rec.*, p. I-14243 : **672**.
- 14.11.2002 Conclusions de l'avocat général TIZZANO, rendues sur l'arrêt du 20.05.2003, Österreichischer Rundfunk e.a., aff. jointes C-465/00, C-138 et 139/01, *Rec.*, p. I-4989 : **671**.
- 28.11.2002 Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL, rendues sur l'arrêt du 11.03.2003, Dory, aff. C-186/01, *Rec.*, p. I-2479 : **672**.
- 06.02.2003 Conclusions de l'avocat général GEELHOED, rendues sur l'arrêt du 9.09.2003, Rinke, aff. C-25/02, *Rec.*, p. I-8349 : **672**.
- 11.02.2003 Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, rendues sur l'arrêt du 7.01.2004, Aalborg Portland e.a. c/ Commission, aff. jointes C-204, 205, 211, 213, 217 et 219/00 P, *Rec.*, p. I-123 : **674**.
- 02.04.2003 Conclusions de l'avocat général GEELHOED, rendues sur l'arrêt du 13.01.2004, Allonby, aff. C-256/01, *Rec.*, p. I-873 : **672**.
- 08.04.2003 Conclusions de l'avocat général LÉGER, rendues sur l'arrêt du 30.09.2003, Köbler, aff. C-224/01, *Rec.*, p. I-10239 : **672**.
- 10.04.2003 Conclusions de l'avocat général GEELHOED, rendues sur l'arrêt du 10.07.2003, Betriebsrat der Vertretung der Europäischen Kommission in Österreich, aff. C-165/01, *Rec.*, p. I-7683 : **672**.
- 10.06.2003 Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, rendues sur l'arrêt du 7.01.2004, K.B., aff. C-117/01, *Rec.*, p. I-541 : **674**.
- 10.07.2003 Conclusions de l'avocat général LÉGER, rendues sur l'arrêt du 22.01.2004, Olli Mattila c/ Conseil et Commission, aff. C-353/01 P, *Rec.*, p. I-1073 : **668, 672**.
- 10.07.2003 Conclusions de l'avocat général GEELHOED, rendues sur l'arrêt du 07.01.2004, Commission c/ Espagne, aff. C-58/02, *Rec.*, p. I-621 : **672**.
- 11.09.2003 Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL, rendues sur l'arrêt du 29.04.2004, Orfanopoulos et Oliveri, aff. jointes C-482 et 493/01, *Rec.*, p. I-5257 : **672**.
- 16.09.2003 Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, rendues sur l'arrêt du 29.04.2004, Beuttenmüller, aff. C-102/02, *Rec.*, p. I-5405 : **674**.
- 18.09.2003 Conclusions de l'avocat général GEELHOED, rendues sur l'arrêt du 29.04.2004, Parlement c/ Reynolds, aff. C-111/02 P, *Rec.*, p. I-5475 : **672**.
- 11.12.2003 Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, rendues sur l'arrêt du 16.09.2004, Baldinger, aff. C-386/02, *Rec.*, p. I-8411 : **674**.
- 08.01.2004 Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, rendues sur l'arrêt du 10.06.2004, Commission c/ Italie, aff. C-87/02, *Rec.*, p. I-5975 : **674**.
- 12.02.2004 Conclusions de l'avocat général KOKOTT, rendues sur l'arrêt du 8.06.2004, Österreichischer Gewerkschaftsbund, aff. C-2220/02, *Rec.*, p. I-5907 : **672**.
- 19.02.2004 Conclusions de l'avocat général KOKOTT, rendues sur l'arrêt du 1.07.2004, Tsapalos et Diamantakis, aff. jointes 361 et 362/02, *Rec.*, p. I-6405 : **672**.

- 19.02.2004 Conclusions de l'avocat général GEELHOED, rendues sur l'arrêt du 07.09.2004, Trojani, aff. C-456/02, *Rec.*, p. I-7573 : **672**.
- 11.03.2004 Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, rendues sur l'arrêt du 23.09.2004, Hectors c/ Parlement, aff. C-150/03 P, *Rec.*, p. I-8691 : **674**.
- 16.03.2004 Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, rendues sur l'arrêt du 7.10.2004, Mag Instrument c/ OHMI, aff. C-136/02 P, *Rec.*, p. I-9165 : **674**.
- 18.03.2004 Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL, 18.03.2004, rendues sur l'arrêt du 14.10.2004, Omega, aff. C-36/02, *Rec.*, p. I-9609 : **672**.
- 30.03.2004 Conclusions de l'avocat général KOKOTT, rendues sur l'arrêt du 9.09.2004, Commission c/ Grèce, aff. C-417/02, *Rec.*, p. I-7973 : **672**.
- 07.04.2004 Conclusions de l'avocat général TIZZANO, 7.04.2004, rendues sur l'arrêt du 6.12.2005, Fratelli Martini et Cargill, Nederlandse Vereniging Diervoederindustrie Nevedi, ABNA e.a, aff. jointes C-453/03 et C-11, 12 et 194/04, *Rec.*, p. I-10423 : **671**.
- 29.04.2004 Premières conclusions de l'avocat général GEELHOED, rendues sur l'arrêt du 12.07.2005, Commission c/ France, aff. C-304/02, *Rec.*, p. I-6263 : **257**.
- 25.05.2004 Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO, rendues sur l'arrêt du 22.11.2005, Grøngaard et Bang, aff. C-384/02, *Rec.*, p. I-9939 : **672**.
- 10.06.2004 Conclusions de l'avocat général KOKOTT, rendues sur l'arrêt du 11.11.2004, Niselli, aff. C-457/02, *Rec.*, p. I-10853 : **672**.
- 29.06.2004 Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO, rendues sur l'arrêt du 13.01.2005, Nardone c/ Commission, aff. C-181/03 P, *Rec.*, p. I-199 : **672**.
- 13.07.2004 Conclusions de l'avocat général LÉGER, rendues sur l'arrêt du 14.10.2004, Mærsk Olie & Gas, aff. C-39/02, *Rec.*, p. I-9657 : **672**.
- 23.09.2004 Conclusions de l'avocat général LÉGER, rendues sur l'arrêt du 16.12.2004, EU-Wood-Trading, aff. C-277/02, *Rec.*, p. I-11957 : **672**.
- 14.10.2004 Conclusions de l'avocat général KOKOTT, rendues sur l'arrêt du 3.05.2005, Berlusconi e.a., aff. jointes C-287, 391 et 403/02, *Rec.*, p. I-3565 : **672**.
- 21.10.2004 Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO, rendues sur l'arrêt du 22.02.2005, Commission c/ max-mobil, aff. C-141/02 P, *Rec.*, p. I-1283 : **672**.
- 11.11.2004 Conclusions de l'avocat général KOKOTT, rendues sur l'arrêt du 16.06.2005, Pupino, aff. C-105/03, *Rec.*, p. I-5285 : **672**.
- 11.11.2004 Conclusions de l'avocat général GEELHOED, rendues sur l'arrêt du 15.03.2005, Bidar, aff. C-209/03, *Rec.*, p. I-2119 : **672**.
- 18.11.2004 Secondes conclusions de l'avocat général GEELHOED, rendues sur l'arrêt du 12.07.2005, Commission c/ France, aff. C-304/02, *Rec.*, p. I-6263 : **259**.
- 16.12.2004 Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO, rendues sur l'arrêt du 15.03.2005, Espagne c/ Eurojust, aff. C-160/03, *Rec.*, p. I-2077. : **327, 332, 672**.
- 16.12.2004 Conclusions de l'avocat général JACOBS, rendues sur l'arrêt du 12.05.2005, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSA, aff. C-347/03, *Rec.*, p. I-3785 : **671**.
- 20.01.2005 Conclusions de l'avocat général JACOBS, rendues sur l'arrêt du 9.06.2005, Espagne c/ Commission, aff. C-287/02, *Rec.*, p. I-5093: **671**.
- 27.01.2005 Conclusions de l'avocat général KOKOTT, rendues sur l'arrêt du 21.04.2005, Housieaux, aff. C-186/04, *Rec.*, p. I-3299 : **672**.
- 10.03.2005 Conclusions de l'avocat général KOKOTT, rendues sur l'arrêt du 31.01.2006, Commission c/ Espagne, aff. C-503/03, *Rec.*, p. I-1097 : **672**.
- 12.05.2005 Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, rendues sur l'arrêt du 21.07.2005, Vergani, aff. C-207/04, *Rec.*, p. I-7453 : **674, 682**.

- 26.05.2005 Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, rendues sur l'arrêt du 13.09.2005, Commission c/ Conseil, aff. C-176/03, *Rec.*, p. I-7879 : **674**.
- 30.06.2005 Conclusions de l'avocat général JACOBS, rendues sur l'arrêt du 27.04.2006, Familiensache : Standesamt Stadt Niebüll, aff. C-96/04, *Rec.*, p. I-3561 : **671**.
- 08.09.2005 Conclusions de l'avocat général KOKOTT, rendues sur l'arrêt du 27.06.2006, Parlement c/ Conseil, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769 : **672**.
- 13.09.2005 Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL, 13.09.2005, rendues sur l'arrêt du 19.01.2006, AIT c/ Commission, aff. C-547/03 P, *Rec.*, p. I-845 : **506, 672**.
- 27.09.2005 Conclusions de l'avocat général JACOBS, rendues sur l'arrêt du 2.05.2006, Eurofood IFSC, aff. C-341/04, *Rec.*, p. I-3813 : **671**.
- 20.10.2005 Conclusions de l'avocat général LÉGER, rendues sur l'arrêt du 9.02.2006, Sfakianakis AEVE c/ Elliniko Dimosio, aff. jointes C-23 à 25/04, *Rec.*, p. I-1265 : **672**.
- 20.10.2005 Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, rendues sur l'arrêt du 6.04.2006, Commission c/ Autriche, aff. C-428/04, *Rec.*, p. I-3325 : **674**.
- 20.10.2005 Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, rendues sur l'arrêt du 9.03.2006, Van Esbroeck, aff. C-436/04, *Rec.*, p. I-2333 : **674**.
- 27.10.2005 Conclusions de l'avocat général JACOBS, rendues sur l'affaire en cours, Maria-Luise Lindorfer c/ Conseil, aff. C-227/04 P : **671**.
- 15.11.2005 Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, rendues sur l'arrêt du 9.03.2006, Werhof, aff. C-499/04, *Rec.*, p. I-2397 : **674**.
- 22.11.2005 Conclusions de l'avocat général LÉGER, rendues sur l'arrêt du 30.05.2006, Parlement c/ Conseil, aff. jointes 317 et 318/04, *Rec.*, p. I-4721 : **614, 672**.
- 15.12.2005 Conclusions de l'avocat général JACOBS, rendues sur l'arrêt du 21.09.06, JCB Service c/ Commission, aff. C-167/04 P, *Rec.*, p. I-8935 : **671**.
- 06.04.2006 Conclusions de l'avocat général SHARPSTON, 6.04.2006, rendues sur l'arrêt du 12.09.06, Reynolds Tobacco e.a. c/ Commission, aff. C-131/03, *Rec.*, p. I-7795 : **672**.
- 08.06.2006 Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, rendues sur l'arrêt du 28.09.06, van Straaten, aff. C-150/05, *Rec.*, p. I-9327 : **674**.

4. Avis de la Cour

- CJCE, avis 1/91 du 14 décembre 1991, Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, *Rec.* p. I-6079 : **76, 758**.
- CJCE, avis 2/94 du 28 mars 1996, portant sur l'Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Rec.*, p. I-175 : **192, 443, 741, 758**.
- CJCE, avis 1/03 du 7 février 2006, Compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Rec.*, p. I-1145 : **504**.

B. Le TPICE

1. Arrêts du Tribunal

- TPICE, 29.06.1995 Solvay SA c/ Commission, aff. T-30/91, *Rec.*, p. II-1775 : **591**.
- TPICE, 29.06.1995 Imperial Chemical Industries plc (ICI) c/ Commission, aff. T-36/91, *Rec.*, p. II-1847 : **591**.
- TPICE, 13.07.1995 K c/ Commission, aff. T-176/94, *Rec.*, p. II-621 : **614**.
- TPICE, 24.10.1997 EISA c/ Commission, aff. T-239/94, *Rec.*, p. II-1839 : **70**.
- TPICE, 17.07.1998 ITT Promedia NV c/ Commission, aff. T-111/96, *Rec.*, p. II-2937 : **191, 321, 598**.
- TPICE, 25.03.1999 Forges de Clabecq SA c/ Commission, aff. T-37/97, *Rec.*, p. II-859 : **504, 579**.
- TPICE, 20.04.1999 Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA, BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV, DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Société artésienne de vinyle, Montedison SpA, Imperial Chemical Industries plc, Hüls AG et Enichem SpA c/ Commission, aff. jointes T-305, 307, 313 à 316, 318, 325, 328, 329 et 335/94, *Rec.*, p. II-931 : **504, 701**.
- TPICE, 12.10.1999 Acme Industry c/ Conseil, aff. T-48/96, *Rec.*, p. II-3089 : **504**.
- TPICE, 27.06.2000 Salamander AG e.a. c/ Parlement et Conseil, aff. jointes T-172, 175 à 177/98, *Rec.*, p. II-2487 : **437**.
- TPICE, 20.02.2001 Mannesmannröhren-Werke AG c/ Commission, aff. T-112/98, *Rec.*, p. II-729 : **518, 661**.
- TPICE, 02.10.2001 Jean-Claude Martinez, Charles de Gaulle, Front national et Emma Bonino e.a. c/ Parlement, aff. jointes T-222, 327 et 329/99, *Rec.*, p. II-2823 : **76, 322**.
- TPICE, 23.01.2002 Patrick Reynolds c/ Parlement, aff. T-237/00, *Rec.*, p. II-163 : **438**.
- TPICE, 30.01.2002 max.mobil Telekommunikation Service c/ Commission, aff. T-54/99, *Rec.*, p. II-313 : **658**.
- TPICE, 03.05.2002 Jégo-Quéré et Cie SA c/ Commission, aff. T-177/01, *Rec.*, p. II-2365 : **195, 222, 323, 506, 529, 531, 639, 658, 784**.
- TPICE, 27.09.2002 Tideland Signal c/ Commission, aff. T-211/02, *Rec.*, p. II-3781 : **658**.
- TPICE, 15.01.2003 Philip Morris International Inc e.a. c/ Commission, aff. jointes T-377, 379, 380/00, T-260 et 272/01, *Rec.*, p. II-1 : **437, 658, 659**.
- TPICE, 10.04.2003 Travelex Global and Financial Services et Interpayment Services c/ Commission, aff. T-195/00, *Rec.*, p. II-1677 : **663**.
- TPICE, 09.07.2003 Kyowa Hakko Kogyo et Kyowa Hakko Europe c/ Commission, aff. T-223/00, *Rec.*, p. II-2553 : **658**.
- TPICE, 09.07.2003 Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients c/ Commission, aff. T-224/00, *Rec.*, p. II-2597 : **658**.
- TPICE, 30.09.2003 Kenny c/ Cour de justice, aff. T-302/02, *Rec.*, p. II-1137 : **658**.
- TPICE, 11.12.2003 Ventouris c/ Commission, aff. T-59/99, *Rec.*, p. II-5257 : **611, 701**.
- TPICE, 11.12.2003 Strintzis Lines Shipping c/ Commission, aff. T-65/99, *Rec.*, p. II-5433 : **611, 701**.
- TPICE, 11.12.2003 Minoan Lines c/ Commission, aff. T-66/99, *Rec.*, p. II-5515 : **611, 701**.
- TPICE, 13.01.2004 JCB Service c/ Commission, aff. T-67/01, *Rec.*, p. II-49 : **569, 658**.
- TPICE, 29.04.2004 Tokai Carbon c/ Commission, aff. jointes T-236, 239, 244 à 246, 251 et 252/01, *Rec.*, p. II-1181 : **658**.

- TPICE, 08.07.2004 JFE Engineering c/ Commission, aff. jointes T-67, 68, 71 et 78/00, *Rec.*, p. II-2501 : **658**.
- TPICE, 28.09.2004 MCI c/ Commission, aff. T-310/00, *Rec.*, p. II-3253 : **322**.
- TPICE, 14.10.2004 Polinsky c/ Cour de justice, aff. T-1/02, non publié : **658**.
- TPICE, 14.10.2004 H. c/ Cour de justice, aff. T-255/02, non publié : **658**.
- TPICE, 14.10.2004 I. c/ Cour de justice, aff. T-256/02, *Rec.*, p. II-1307 : **658**.
- TPICE, 14.10.2004 K. c/ Cour de justice, aff. T-257/02, non publié : **658**.
- TPICE, 14.10.2004 Sandini c/ Cour de justice, aff. T-389/02, *Rec.*, p. II-1339 : **658**.
- TPICE, 14.10.2004 Cagnato c/ Cour de justice, aff. T-390/02, non publié : **658**.
- TPICE, 28.10.2004 Lutz Herrera c/ Commission, aff. jointes T-219/02 et T-337/02, *Rec.*, p. II-1407 : **657, 659**.
- TPICE, 10.11.2004 Eduard Vonier c/ Commission, aff. T-165/03, *Rec.*, p. II-1575 : **614, 658**.
- TPICE, 15.02.2005 Pyres c/ Commission, aff. T-256/01, *Rec.*, p. II-99 : **657, 660**.
- TPICE, 13.04.2005 Verein für Konsumenteninformation c/ Commission, aff. T-2/03, *Rec.*, p. II-1121 : **660**.
- TPICE, 14.04.2005 Sniace SA c/ Commission, aff. T-141/03, *Rec.*, p. II-1197 : **336**.
- TPICE, 21.04.2005 Holcim (Deutschland) AG c/ Commission, aff. T-28/03, *Rec.*, p. II-1357 : **437**.
- TPICE, 04.05.2005 Schmit c/ Commission, aff. T-144/03, *Rec.*, p. II-465 : **504, 660**.
- TPICE, 15.06.2005 Tokai Carbon c/ Commission, aff. jointes T-71, 74, 87 et 91/03, non publié : **660**.
- TPICE, 13.07.2005 Sunrider c/ OHMI (TOP), aff. T-242/02, *Rec.*, p. II-2793 : **661**.
- TPICE, 21.09.2005 Yusuf et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission, aff. T-306/01, *Rec.*, p. II-3533 : **504**.
- TPICE, 21.09.2005 Yassin Abdullah Kadi c/ Conseil et Commission, aff. T-315/01, *Rec.*, p. II-3649 : **311, 322, 337, 504, 766**.
- TPICE, 06.10.2005 Sumitomo Chemical c/ Commission, aff. jointes T-22 et 23/02, *Rec.*, p. II-4065 : **661**.
- TPICE, 25.10.2005 Groupe Danone c/ Commission, aff. T-38/02, *Rec.*, p. II-4407 : **662**.
- TPICE, 24.11.2005 Marcuccio c/ Commission, aff. T-236/02, *Rec.*, p. II-1621 : **662**.
- TPICE, 14.12.2005 General Electric Company c/ Commission, aff. T-210/01, *Rec.*, p. II-5575 : **504, 506**.
- TPICE, 05.04.2006 Degussa AG c/ Commission, aff. T-279/02, *Rec.*, p. II-897 : **476, 662**.
- TPICE, 03.05.2006 Eurohypo AG c/ Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI), aff. T-439/04, *Rec.*, p. II-1269 : **506, 662**.
- TPICE, 07.06.2006 Österreichische Postsparkasse AG c/ Commission, aff. jointes T-213 et 214/01, *Rec.*, p. II-1601 : **663**.
- TPICE, 13.06.2006 Atlantean c/ Commission, aff. T-192/03, *Rec.*, p. II-42* : **226**.
- TPICE, 13.06.2006 Boyle e.a. c/ Commission, aff. jointes T-218 à 240/03, *Rec.*, p. II-1699 : **226**.
- TPICE, 21.06.2006 Danzer c/ Conseil, aff. T-47/02, *Rec.*, p. II-1779 : **226, 833**.

2. Ordonnances du Tribunal

- TPICE, Ord., 19.06.1995 Christina Kik c/ Conseil et Commission, aff. T-107/94, *Rec.*, p. II-1717 : **210**.
- TPICE, Ord., 29.06.1995 Cantina cooperativa di Torre di Mosto ea c/ Commission, aff. T-183/94, *Rec.*, p. II-194 : **210**.
- TPICE, Ord., 02.05.2000 Rothley e.a. c/ Parlement, aff. T-17/00_1, *Rec.*, p. II-2085 : **76**.
- TPICE, Ord., 21.05.2001 Schaefer c/ Commission, aff. T-52/01 R_1, *Rec.*, p. II-543 : **661**.
- TPICE, Ord., 11.01.2002 Diputación Foral de Alava e.a. c/ Commission, aff. T-77/01_1, *Rec.*, p. II-81 : **658**.
- TPICE, Ord., 17.01.2002 Stauner e.a. c/ Parlement et Commission, aff. T-236/00_3, *Rec.*, p. II-135 : **76**.
- TPICE, Ord., 29.04.2002 Bactria Industriehygiene-Service Verwaltungs GmbH c/ Commission, aff. T-339/00, *Rec.*, p. II-2287 : **438**.
- TPICE, Ord., 21.03.2003 Etablissements Toulorge c/ Parlement et Conseil, aff. T-167/02, *Rec.*, p. II-1111 : **223**.
- TPICE, Ord., 15.02.2005 PKK et KNK c/ Conseil, aff. T-229/02_1, *Rec.*, p. II-539 : **335**.
- TPICE, Ord., 03.04.2006 Deelstra ou The International Institute for the Urban Environment c/ Commission, aff. T-74/05_1, *Rec.*, p. II-33* : **661**.

C. Le TFPUE

- TFPUE, 26.04.2006 Nicola Falcione c/ Commission, aff. F-16/05, pas encore publié : **638**.
- TFPUE, 15.06.2006 Dypna Mc Sweeney et Pauline Armstrong c/ Commission, aff. F-25/05, pas encore publié : **638**.
- TFPUE, 28.06.2006 Sanchez Ferriz c/ Commission, aff. F-19/05, pas encore publié : **638**.
- TFPUE, 28.06.2006 Le Maire c/ Commission, aff. F-27/05, pas encore publié : **638**.
- TFPUE, 28.06.2006 Beau c/ Commission, aff. F-39/05, pas encore publié : **638**.
- TFPUE, 28.06.2006 Grünheid c/ Commission, aff. F-101/05, pas encore publié : **638**.

II. JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

A. La CPJI puis CIJ

- CPJI, 25.05.1926 Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, *Série A*, n° 7 : **156**.
- CPJI, 23.07.1926 Avis sur les compétences de l'O.I.T., *Série B*, n° 13, p. 18 : **430**.
- CPJI, 04.02.1932 Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, *Série A/B*, n° 44 : **156**.
- CPJI, 28.06.1937 Pays-Bas c/ Belgique, affaire dite des « Prises d'eau à la Meuse », *Rec.*, p. 20 : **419**.
- CIJ, 28.11.1948
et 3.03.1950, avis consultatif à propos des conditions d'admission d'un État comme membre des Nations unies, *Rec.*, p. 4 et p. 59 : **419**.

- CIJ, 20.12.1974 France c/ Australie et Nouvelle-Zélande, aff. dite des « Essais nucléaires français », *Rec.*, pp. 259 et 463 : **430**.
- CIJ, 20.02.2001 Delalic : **767**.

B. La CEDH

1. L'ancienne Commission CEDH

- Commission CEDH, 10.07.1978 CFDT c/ Communautés européennes, *Décisions et rapports de la Commission – annuaire de la CEDH*, n° 13, p. 231 : **723**.
- Commission CEDH, 19.01.1989 Dufay c/ les Communautés européennes, subsidiairement, la collectivité de leurs États membres et leurs États membres pris individuellement, req. n° 13539/88, non publié : **723**.
- Commission CEDH, 09.02.1990 M. & Co. c/ Allemagne, req. n° 13258/87, *Décisions et rapports de la Commission – annuaire de la CEDH*, n° 64, pp. 146-153 : **723, 727**.
- Commission CEDH, 01.07.1993 Procola c/ Luxembourg, req. n° 14570/89, *Décisions et rapports de la Commission – annuaire de la CEDH*, n° 75, p. 5 : **723, 727**.
- Commission CEDH, 22.10.1998 Garzilli c/ les États membres de l'Union européenne, req. n° 32384/95, non publié : **723**.
- Commission CEDH, 21.04.1999 Marc Venot c/ France, req. n° 28845/95, *Décisions et rapports de la Commission – annuaire de la CEDH*, n° 31 : **773**.

2. La Cour

a. Décisions de la CEDH

- CEDH, décision, 04.07.2000 Société Guérin Automobiles c/ les 15 États de l'Union européenne, req. n° 51717/99 : **723**.
- CEDH, décision, 12.12.2001 Vlastimir et Borka BANKOVIĆ e.a. c/ la Belgique, la République tchèque, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, la Hongrie, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, la Pologne, le Portugal, l'Espagne, la Turquie et le Royaume-Uni, req. n° 52207/99, *Rec.*, 2001-XII : **723**.
- CEDH, décision, 16.05.2002 et 23.05.2002 Segi e.a. et Gestoras Pro-Amnistia e.a. c/ l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni et la Suède, req. n° 6422/02 et 9916/02, *Rec.*, 2002-V : **723**.
- CEDH, décision, 10.03.2004 Senator Lines GmbH c/ l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni, req. n° 56672/00, *Rec.*, 2004-IV : **723, 726**.
- CEDH, décision, 16.09.2004 Delbos e.a. c/ France, req. n° 60819/00, non publié : **723, 726**.
- CEDH, décision, 13.01.2005 Emesa Sugar c/ Pays-Bas, req. n° 62023/00, introuvable sur Internet mais mentionnée in Florence BENOÎT-ROHMER, « À propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines du 30.06.2005 :

l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *op. cit.*,
p. 843 : **713, 723, 726.**

b. Arrêts de la CEDH

- CEDH, 09.10.1979 Airey c/ Irlande, req. n° 6289/73, *Série A* n° 32 : **275, 473.**
- CEDH, 30.03.1989 Chappell c/ Royaume-Uni, req. n° 10461/83, *Série A* n° 152-A : **610, 701.**
- CEDH, 07.07.1989 Soering c/ Royaume-Uni, req. n° 14038/88, *Série A* n° 161 : **723.**
- CEDH, 29.10.1992 Open Door et Dublin well woman c/ Irlande, req. n° 14234 et 14235/88, *Série A* n° 246-A : **715.**
- CEDH, 16.12.1992 Niemietz c/ Allemagne, req. n° 13710/88, *Série A* n° 251-B : **610, 701, 702.**
- CEDH, 25.02.1993 Funke c/ France, req. n° 10828/84, *Série A* n° 256-A : **712.**
- CEDH, 25.02.1993 Mialhe c/ France (n° 1), req. n° 12661/87, *Série A* n° 256-C : **717.**
- CEDH, 24.11.1993 Informationsverein Lentia e.a. c/ Autriche, req. n° 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89 et 17207/90, *Série A* n° 276 : **716.**
- CEDH, 24.11.1993 Poitrimol c/ France, *Série A* n° 277 A : **773.**
- CEDH, 20.02.1996 Vermeulen c/ Belgique, req. n° 19075/91, *Rec.*, 1996-I : **713.**
- CEDH, 15.11.1996 Cantoni c/ France, req. n° 17862/91, *Rec.*, 1996-V : **724.**
- CEDH, 29.07.1998 Omar c/ France, req. n° 24767/94, *Rec.*, 1998-V : **773.**
- CEDH, 29.07.1998 Guérin c/ France, req. n° 25201/94, *Rec.*, 1998-V : **773.**
- CEDH, 18.02.1999 Matthews c/ Royaume-Uni, req. n° 24833/94, *Rec.*, 1999-I : **724.**
- CEDH, 28.10.1999 Zielinski et Pradal & Gonzalez e.a. c/ France, req. n° 24846/94, 34165/96 et 34173/96, *Rec.*, 1999-VII : **703.**
- CEDH, 14.12.1999 Khalfaoui c/ France, req. n° 34791/97, *Rec.*, 1999-IX : **773.**
- CEDH, 04.05.2000 Rotaru c/ Roumanie, req. n° 28341/95, *Rec.*, 2000-V : **717.**
- CEDH, 23.05.2000 Van Pelt c/ France, req. n° 31070/96 : **773.**
- CEDH, 14.11.2000 Annoni di Gussola et Dedordes et Omer c/ France, req. n° 31819/96 et 33293/96, *Rec.*, 2000-XI : **773.**
- CEDH, 07.06.2001 Kress c/ France, req. n° 39594/98, *Rec.*, 2001-VI : **713, 773.**
- CEDH, 21.12.2001 Sen c/ Pays-Bas, req. n° 31465/96 : **683.**
- CEDH, 16.04.2002 Société Colas Est e.a. c/ France, req. n° 37971/97, *Rec.*, 2002-III : **610, 702, 717.**
- CEDH, 25.07.2002 Maurice Papon c/ France, req. n° 54210/00, *Rec.*, 2002-VII : **773, 861.**
- CEDH, 29.06.2004 Leyla Sahin c/ Turquie, req. n° 44774/98 : **876.**
- CEDH, 18.01.2005 Carabasse c/ France, req. n° 59765/00 : **773.**
- CEDH, 30.06.2005 Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c/ Irlande, req. n° 45036/98 : **726-729.**
- CEDH, 11.01.2006 Sørensen et Rasmussen c/ Danemark, req. n° 52562/99 et 52620/99 : **729.**
- CEDH, 12.04.2006 Martinie c/ France, req. n° 58675/00 : **713, 773.**

III. JURISPRUDENCE NATIONALE

A. Jurisprudence française

1. Conseil constitutionnel

Conseil constitutionnel, 06.11.1962	décision n° 62-20 DC, Loi référendaire, <i>RJC</i> , p. I-11 : 437 .
Conseil constitutionnel, 29.12.1978	décision n° 78-100 DC, Dernière loi de finances rectificative pour 1978 (prise de participation de l'Etat dans la société A.M.D. - BA ; adaptation de la législation sur la T.V.A. à la sixième directive du Conseil des Communautés européennes), <i>RJC</i> , p. I-65 : 885 .
Conseil constitutionnel, 08.01.1991	décision n° 90-283 DC, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, <i>RJC</i> , p. I-417 : 885 .
Conseil constitutionnel, 13.08.1993	décision n° 93-325 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, <i>RJC</i> , p. I-539 : 294, 437 .
Conseil constitutionnel, 03.08.1994	décision n° 94-348 DC, Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18.06. et 10.11.1992 du conseil des communautés européennes, <i>RJC</i> , p. I-602 : 885 .
Conseil constitutionnel, 06.11.1996	décision n° 96-383 DC, Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, <i>RJC</i> , p. I-686 : 885 .
Conseil constitutionnel, 20.05.1998	décision n° 98-400 DC, Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, <i>Rec.</i> , p. 251 : 885 .
Conseil constitutionnel, 28.12.2000	décision n° 2000-441 DC, Loi de finances rectificative pour 2000, <i>Rec.</i> , p. 201 : 885 .
Conseil constitutionnel, 27.06.2001	décision n° 2001-446, Loi relative à l'IVG et à la contraception, <i>Rec.</i> , p. 74 : 294 .
Conseil constitutionnel, 04.12.2003	décision n° 2003-485 DC, Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25.07.1952 relative au droit d'asile, <i>Rec.</i> , p. 455 : 294 .
Conseil constitutionnel, 10.06.2004	décision n° 2004-496 DC, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, <i>Rec.</i> , p. 101 : 167, 874 .
Conseil constitutionnel, 01.07.2004	décision n° 2004-497 DC, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, <i>Rec.</i> , p. 107 : 167, 874 .
Conseil constitutionnel, 19.11.2004	décision n° 2004-505 DC, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, <i>Rec.</i> , p. 173 : 5, 167, 792, 807, 874-876, 881 .
Conseil constitutionnel, 21.04.2005	décision n° 2005-512, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, <i>Rec.</i> , p. 72 : 468 .

- Conseil constitutionnel, 13.10.2005 décision n° 2005-524/525 DC, Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort, *Rec.*, p. 142 : **167**.
- Conseil constitutionnel, 27.07.2006 décision n° 2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *Rec.* p. 88 : **167**.
- Conseil constitutionnel, 03.08.2006 décision n° 2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *JORF*, du 3.08.2006, p. 11541 : **885**.

2. Conseil d'État

- Conseil d'État français, 10.02.1978 CFDT, req. n° 5225, *Rec.*, p. 61 : **723**.
- Conseil d'État français, 20.10.1989 Nicolo, req. n° 108243, *Rec.*, p. 190 : **99, 696, 848**.
- Conseil d'État français, 29.06.1990 Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI), *Rec.*, p. 171 : **462**.
- Conseil d'État français, 30.10.1998 Sarran, Levacher e.a., req. n° 200286 et 200287, *Rec.*, p. 368 : **361**.
- Conseil d'État français, 28.06.2002 Ministre de la Justice c/ Magiera, req. n° 239575, *Rec.*, p. 247 : **245**.
- Conseil d'État français, 05.05.2006 Société Mullerhof, req. n° 259957, *Rec.*, p. 233 : **773**.
- Conseil d'État français, 16.05.2006 Ordonnance, Roland Courty, req. n° 293356, inédit : **773**.

3. Cour de cassation

- Cour de cassation, Civ., 21.07.1982 Desmares, pourvoi n° 81-12850, *Bull.*, II, n° 111 : **213**.
- Cour de cassation, Civ., 06.04.1987 Jonier c/ Bardèche, pourvoi n° 85-16387, *Bull.*, II, n° 86, p. 49 : **213**.
- Cour de cassation, Com., 21.02.1995 United Distillers John Walker et Tanqueray Gordon c/ Agent judiciaire du Trésor public et Ministère de la justice, pourvoi n° 93-15387, *Bull.*, IV, n° 52, p. 50 : **245**.
- Cour de cassation, Crim., 30.06.1999 Rebboah, pourvoi n°98-80923, *Bull.*, n° 167, p. 478 : **773**.
- Cour de cassation, Com., 07.03.2000 Société Roquette frères SA, pourvoi n° 98-30389 : **703, 842**.
- Cour de cassation, Ass. Plén., 02.06.2000 Delle Fraisse, pourvoi n° 99-60274, *Bull.*, IV, p. 7 : **361, 843**.
- Cour de cassation, Crim., 22.10.2003 Société Roquette frères SA, pourvoi n° 98-30389 : **705**.

B. Jurisprudence des autres États membres

1. Jurisprudence allemande

- Cour constitutionnelle fédérale, 18.10.1967 *BVerfGE* 22, p. 293 : **110, 122, 305, 706**.
- Cour constitutionnelle fédérale, 29.05.1974 *Internationale Handelsgesellschaft c/ EVGF, So lange I, BVerfGE*, 37 : **110, 312, 458, 469**.
- Cour constitutionnelle fédérale, 22.10.1986 *Wünsche Handelsgesellschaft*, dite « So lange II », *BVerfGE* 73, p. 339 : **315, 468**.
- Cour constitutionnelle fédérale, 08.04.1987 *Kloppenburger*, *BVerfGE* 75, p. 223 : **696**.
- Cour constitutionnelle fédérale, 07.06.2000 Réglementation communautaire du marché de la banane, 2 *BvL* 1/97 : **883**.

Tribunal administratif de Francfort, 18.03.1970 ordonnance du 18.03.1970 : **706, 307**.

2. Jurisprudence belge

- Cour cassation de Belgique, 27.05.1971 État belge c/ SA « Fromagerie Franco-Suisse Le Ski », *Pasicrisie belge*, 1971 I p. 886 : **110, 310**.

3. Jurisprudence italienne

- Cour constitutionnelle italienne, 07.03.1964 *Costa c/ ENEL*, arrêt n° 14, *Il Foro Italiano*, I, p. 465 : **310**.
- Cour constitutionnelle italienne, 27.12.1965 *San Michele*, arrêt n° 98, *Il Foro Italiano*, I, p. 8 : **310**.
- Cour constitutionnelle italienne, 27.12.1973 *Frontini et Pozzani*, arrêt n° 183, *Il Foro Italiano*, I, p. 31 : **310**.
- Cour constitutionnelle italienne, 08.06.1984 *Granital c/ Amministrazione delle finanze*, arrêt n° 170, *Giurisprudenza costituzionale*, p. 1098 : **314, 458**.

4. Jurisprudence luxembourgeoise

- Cour supérieure de Justice du Grand-Duché de Luxembourg (cassation), 14.07.1964, Chambre des Métiers c/ Pagani et M.P : **310**.

Récapitulatif des tableaux et des schémas

I. Liste des tableaux

<i>Série</i>	<i>Intitulé</i>	<i>Page</i>
1	Total des affaires réglées par année, tout type de recours confondus	279
2	a 1 Situation des droits fondamentaux au sein du recours en annulation par année	281
	2 % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours en annulation par année	
	b 1 Situation des droits fondamentaux au sein des recours en annulation <u>bien fondés</u>	283
	2 % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours en annulation <u>bien fondés</u> par année	
3	a Situation des droits fondamentaux au sein du renvoi préjudiciel par année	286
	b % de chaque catégorie par rapport au nombre de renvois préjudiciels par année	
4	a 1 Situation des droits fondamentaux au sein du recours en responsabilité par année	288
	2 % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours en responsabilité par année	
	b 1 Situation des droits fondamentaux au sein des recours en responsabilité <u>bien fondés</u>	290
	2 % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours en responsabilité <u>bien fondés</u> par année	
5	a 1 Situation des droits fondamentaux au sein du recours en carence par année	292
	2 % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours en carence par année	
	b 1 Situation des droits fondamentaux au sein des recours en carence <u>bien fondés</u> par année	294
	2 % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours en carence <u>bien fondés</u> par année	
6	a 1 Situation des droits fondamentaux au sein des recours en manquement par année	296
	2 % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours en manquement par année	
	b 1 Situation des droits fondamentaux au sein des recours en manquement <u>bien fondés</u> par année	298
	2 % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours en manquement <u>bien fondés</u> par année	
7	a 1 Situation des droits fondamentaux au sein du recours contre une sanction par année	301
	2 % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours contre une sanction par année	
	b 1 Situation des droits fondamentaux au sein des recours contre une sanction <u>bien fondés</u> par année	304
	2 % de chaque catégorie par rapport au nombre de recours contre une sanction <u>bien fondés</u> par année	
8	a 1 Situation des droits fondamentaux dans les recours de 1950 à 2003	306
	2 Part des affaires DLF au sein de chaque recours	
	3 Répartition des affaires DLF selon le type de recours	
	b 1 Efficacité des procédures en général	307
	2 Efficacité des procédures dans lesquelles les droits fondamentaux sont aussi invoqués	
9	a 1 Recours des institutions de 1996 à 2003	310
	2 Situation des droits fondamentaux au sein des recours des institutions	
	3 % de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit	
	b 1 Recours des institutions <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	311
	2 Situation des droits fondamentaux au sein des recours des institutions <u>bien fondés</u>	
	3 % de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours <u>bien fondés</u> par droit	
10	a 1 Recours des États membres de 1996 à 2003	313
	2 Situation des droits fondamentaux au sein des recours des États membres	
	3 % de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit	
	b 1 Recours des États membres <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	314
	2 Situation des droits fondamentaux au sein des recours des États membres <u>bien fondés</u>	
	3 % de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours <u>bien fondés</u> par droit	

11	a	1	Recours directs des sociétés et personnes morales de 1996 à 2003	318
		2	Situation des droits fondamentaux au sein des recours directs des sociétés et personnes morales	
		3	% de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit	
	b	1	Recours directs des sociétés et personnes morales <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	319
		2	Situation des droits fondamentaux au sein des recours directs des sociétés et personnes morales <u>bien fondés</u>	
		3	% de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit	
	c	1	Renvois <u>préjudiciels</u> inspirés par des sociétés et personnes morales de 1996 à 2003	320
		2	Situation des droits fondamentaux au sein des renvois <u>préjudiciels</u> inspirés par des sociétés et personnes morales	
		3	% de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit	
	d	1	Ensemble des recours des sociétés et personnes morales de 1996 à 2003	321
		2	Situation des droits fondamentaux au sein des recours des sociétés et personnes morales	
		3	% de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit	
12	a	1	Recours directs des individus de 1996 à 2003	323
		2	Situation des droits fondamentaux au sein des recours directs des individus	
		3	% de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit	
	b	1	Recours directs des individus <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	324
		2	Situation des droits fondamentaux au sein des recours directs des individus <u>bien fondés</u>	
		3	% de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit	
	c	1	Renvois <u>préjudiciels</u> inspirés par des individus de 1996 à 2003	325
		2	Situation des droits fondamentaux au sein des renvois <u>préjudiciels</u> inspirés par des individus	
		3	% de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit	
	d	1	Ensemble des recours des individus de 1996 à 2003	326
		2	Situation des droits fondamentaux au sein des recours des individus	
		3	% de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit	
13	a	1	Recours extraordinaires des fonctionnaires de 1996 à 2003	329
		2	Situation des droits fondamentaux au sein des recours extraordinaires des fonctionnaires	
		3	% de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit	
	b	1	Recours extraordinaires des fonctionnaires <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	330
		2	Situation des droits fondamentaux au sein des recours extraordinaires des fonctionnaires <u>bien fondés</u>	
		3	% de chaque catégorie par rapport à l'ensemble des recours par droit	
14	a		Situation des droits fondamentaux au sein de l'ensemble des affaires réglées	333
	b		Situation des droits fondamentaux au sein de l'ensemble des recours directs	
	c		Situation des droits fondamentaux au sein de l'ensemble des recours directs <u>bien fondés</u>	
15			Situation de chaque droit fondamental au sein des arrêts impliquant des droits fondamentaux	335
16	a		La proportionnalité au sein des recours de 1950 à 2003	339
	b	1	La proportionnalité selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003	
		2	La proportionnalité selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	
17	a		La sécurité juridique au sein des recours de 1950 à 2003	342
	b	1	La sécurité juridique selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003	
		2	La sécurité juridique selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	
18	a		La confiance légitime au sein des recours de 1950 à 2003	345
	b	1	La confiance légitime selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003	
		2	La confiance légitime selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	

19	a	Le principe d'égalité et de non-discrimination au sein des recours de 1950 à 2003		348
	b	1	Le principe d'égalité et de non-discrimination selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003	
	b	2	Le principe d'égalité et de non-discrimination selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	
20	a	Les droits de la défense et les garanties procédurales au sein des recours de 1950 à 2003		351
	b	1	Les droits de la défense et les garanties procédurales au sein des recours directs selon la qualité du requérant de 1996 à 2003	
	b	2	Les droits de la défense et les garanties procédurales selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	
21	a	Le droit à un recours juridictionnel au sein des recours de 1950 à 2003		355
	b	1	Le droit à un recours juridictionnel selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003	
	b	2	Le droit à un recours juridictionnel selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	
22	a	Le droit de propriété au sein des recours de 1950 à 2003		357
	b	1	Le droit de propriété selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003	
	b	2	Le droit de propriété selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	
23	a	Le libre exercice de l'activité économique au sein des recours de 1950 à 2003		359
	b	1	Le libre exercice de l'activité économique selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003	
	b	2	Le libre exercice de l'activité économique selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	
24	a	L'inviolabilité du domicile au sein des recours de 1950 à 2003		361
	b	1	L'inviolabilité du domicile selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003	
	b	2	L'inviolabilité du domicile selon la qualité du requérant au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	
25	a	Le droit à la vie privée au sein des recours de 1950 à 2003		364
	b	1	Le droit à la vie privée selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003	
	b	2	Le droit à la vie privée selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	
26	a	La liberté d'expression au sein des recours de 1950 à 2003		366
	b	1	La liberté d'expression selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003	
	b	2	La liberté d'expression selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	
27	a	La liberté d'association au sein des recours de 1950 à 2003		368
	b	1	La liberté d'association selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003	
	b	2	La liberté d'association selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	
28	a	La liberté syndicale / le droit de grève au sein des recours de 1950 à 2003		370
	b	1	La liberté syndicale / le droit de grève selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003	
	b	2	La liberté syndicale / le droit de grève selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	
29	a	Les droits fondamentaux invoqués en général au sein des recours de 1950 à 2003		373
	b	1	Les droits fondamentaux invoqués en général selon la qualité du requérant au sein des recours directs de 1996 à 2003	
	b	2	Les droits fondamentaux invoqués en général selon la qualité des requérants au sein des recours directs <u>bien fondés</u> de 1996 à 2003	

30	a	L'ensemble des droits fondamentaux susvisés au sein des recours de 1950 à 2003	374
	b	1 L'ensemble des droits-garanties susvisés au sein des recours de 1950 à 2003	
		2 % des droits-garanties sur l'ensemble des droits fondamentaux susvisés de 1950 à 2003	
	c	1 L'ensemble des droits substantiels susvisés au sein des recours de 1950 à 2003	
		2 % des droits substantiels sur l'ensemble des droits fondamentaux susvisés de 1950 à 2003	
31		Les pourvois intentés devant la CJCE	382
32	a	Résultat des pourvois intentés devant la CJCE	386
	b	% de chaque catégorie par rapport au nombre de pourvois traités par année	
33		Jurisprudence du TPICE relative à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (<i>à jour au 4 juillet 2006</i>)	397-399
34		Jurisprudence de la CJCE relative à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (<i>à jour au 4 juillet 2006</i>)	400
35		Classement des États membres de la construction communautaire selon le nombre de renvois préjudiciels introduits, confronté au nombre de recours en manquement d'État introduits, jusqu'en 2005	420

II. Liste des schémas

<i>série</i>	<i>Intitulé</i>		<i>Page</i>
α	La vision de la construction communautaire selon des cercles concentriques		85
β	La vision des ordres juridiques communautaire et nationaux selon une logique matricielle		86
2	a	Situation des droits fondamentaux au sein du recours en annulation	282
	b	Situation des droits fondamentaux au sein des recours en annulation <u>bien fondés</u>	284
3	Situation des droits fondamentaux au sein du renvoi préjudiciel		287
4	a	Situation des droits fondamentaux au sein du recours en responsabilité	289
	b	Situation des droits fondamentaux au sein des recours en responsabilité <u>bien fondés</u>	291
5	a	Situation des droits fondamentaux au sein du recours en carence	293
	b	Situation des droits fondamentaux au sein des recours en carence <u>bien fondés</u>	295
6	a	Situation des droits fondamentaux au sein des recours en manquement par année	297
	b	Situation des droits fondamentaux au sein des recours en manquement <u>bien fondés</u>	299
7	a	Situation des droits fondamentaux au sein du recours contre une sanction	302
	b	Situation des droits fondamentaux au sein des recours contre une sanction <u>bien fondés</u>	305
8	a	Situation des droits fondamentaux selon le type de recours	306
	b	1 Situation des recours en général selon le résultat de la procédure	307
		2 Situation des recours avec DLF selon le résultat de la procédure	307
15	Situation de chaque droit fondamental au sein des arrêts impliquant des droits fondamentaux		336
31	Les pourvois intentés devant la CJCE		383
32	Résultat des pourvois intentés devant la CJCE		387

Table des matières

AVERTISSEMENT	iii
REMERCIEMENTS	v
TABLE DES ABRÉVIATIONS.....	vii
SOMMAIRE.....	ix

Introduction..... 1

I. Les incertitudes sur la garantie des droits fondamentaux communautaires.....	5
I. Préalables sur la méthode retenue	13
A. Détermination de la démarche méthodologique	13
B. Détermination de la démarche linguistique	15
III. Délimitation du sujet	18
A. Une garantie de l'Union et de la Communauté européennes de droit	18
B. Une garantie des droits fondamentaux communautaires	20
1. L'autonomisation des droits fondamentaux communautaires.....	22
2. L'identification des droits fondamentaux communautaires.....	24
C. Une garantie juridictionnelle	27
D. Une garantie efficiente	29
1. Le recours à l'outil statistique	30
2. L'utilité des stages	32
IV. Orientation de la démarche	36

Première partie

Le fondement équivoque de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires..... 40

TITRE PREMIER LA CARACTÉRISATION DE L'UNION ET DE LA COMMUNAUTÉ DE DROIT 43

Chapitre premier La hiérarchie des normes communautaires : un caractère méconnu.. 50

Première section. L'unité nécessaire de la norme « première » communautaire	52
§1. La substance juridique de l'engagement communautaire	52
A. La formation d'une norme « première » communautaire opposable.....	53
B. La formation d'une norme « première » communautaire irréversible	54
1. L'inopposabilité de la réforme nationale partielle	54
2. L'inopposabilité de la réforme nationale globale et isolée	55
§2. L'ambivalence politique de l'engagement communautaire	58
A. La persistance des souverainetés nationales	59
B. Les consentements nationaux progressifs.....	60
Deuxième section. La singularité consécutive du lien de subordination normative	63
§1. La <i>communautarité</i> , opportunité d'un vocable nouveau.....	63
A. Les lacunes de la légalité.....	64
B. Les qualités de la communautarité.....	67
§2. La <i>communautarité</i> , opportunité d'un vocable opérationnel	69
A. La communautarité endogène.....	70
B. La communautarité surjective.....	71

Troisième section. La multiplicité délicate des normes de concrétisation nationale.....	74
§1. Le paradoxe de la concrétisation	74
A. L'amplification du paradoxe dans le contexte communautaire	76
1. L'émission de la norme communautaire	77
2. La réception de la norme communautaire	78
B. Les répercussions sur l'autonomie du droit communautaire.....	79
§2. La parade du principe hiérarchique.....	81
A. L'altération de la vision pyramidale du droit communautaire.....	82
1. La contestation de la vision pyramidale du droit communautaire.....	83
2. L'alternative de la logique matricielle.....	84
B. La pertinence du principe hiérarchique en droit communautaire.....	87
1. L'identification du principe hiérarchique.....	87
2. L'opportunité du principe hiérarchique.....	89

Chapitre deuxième La garantie des normes communautaires : un caractère critiqué..... 94

Première section. Les progrès de la garantie vis-à-vis des requérants ordinaires	98
§1. La proclamation d'un droit au recours communautarisé	98
A. La reconnaissance contextuelle du droit au recours	99
1. Le droit au recours limité aux procédures nationales.....	99
2. Le droit au recours généralisé aux procédures communautaires.....	101
B. Le droit au recours face au déni de justice.....	103
1. La possibilité du déni de justice	104
2. L'impossibilité du déni de justice	106
§2. La recevabilité forcément limitée des recours intentés par les particuliers	109
A. Le repli de 1957	110
B. L'approche de 1994	113
C. L'essai de 2002	115
1. Les conclusions de l'avocat général JACOBS sur l'affaire <i>UPA</i>	115
2. L'arrêt du TPICE <i>Jégo-Quéré</i>	116
3. L'arrêt de la CJCE <i>UPA</i>	117
Seconde section. Les progrès de la garantie vis-à-vis des autorités nationales.....	120
§1. La responsabilité élargie pour violation du droit communautaire.....	121
A. La reconnaissance audacieuse de la responsabilité de l'État législateur	122
B. L'extension novatrice de la responsabilité de l'État du fait de ses juridictions	124
1. Le principe de la jurisprudence <i>Köbler</i>	124
2. La portée de la jurisprudence <i>Köbler</i>	126
§2. La responsabilité approfondie pour manquement au droit communautaire	129
A. La mise en œuvre nouvelle du recours en manquement sur manquement.....	130
B. La mise en œuvre spectaculaire du recours en manquement sur manquement.....	132

Chapitre troisième

Les droits fondamentaux communautaires : un caractère controversé 138

Première section. La caractérisation discutable de la « structure de droit » en général .	139
§1. Un caractère logiquement contingent.....	140
A. La non-exigence théorique	140
B. L'enrichissement pratique.....	144
§2. Un caractère intrinsèquement flou	146
A. Un titulaire ontologiquement variable	148
B. Une universalité précisée	151

Seconde section. La caractérisation évolutive des « structures de droit » communautaires .	154
§1. Le développement parallèle des droits fondamentaux et de la Communauté de droit	156
A. L'apparition autonome des droits fondamentaux communautaires.....	156
1. La reconnaissance des droits fondamentaux communautaires.....	157
2. La spécification des droits fondamentaux communautaires	158
3. Le développement des droits fondamentaux communautaires	161
B. L'apparition autonome de la Communauté de droit	162
1. La jurisprudence <i>Les Verts</i>	163
2. La jurisprudence ultérieure	164
§2. La convergence des droits fondamentaux et de l'Union de droit	165
A. L'impulsion textuelle.....	165
B. Le processus jurisprudentiel	167
1. Les tâtonnements circonspects de la CJCE.....	167
2. Les développements audacieux du TPICE.....	169
 TITRE SECOND LA DÉTERMINATION DE LA MISSION DES JUGES.....	173
 <i>Chapitre préliminaire. Considérations sur la légitimité des juges en général</i>	<i>177</i>
I. La légitimité fonctionnelle	178
II. La légitimité institutionnelle	179
III. La légitimité éthique.....	181
 <i>Chapitre premier.</i>	
<i>La reconnaissance légitime des principes généraux du droit communautaire</i>	<i>185</i>
Première section. Le fondement de la légitimité des juges	188
§1. Des garanties statutaires dépréciées.....	191
A. L'indépendance sous-estimée des juges	193
1. Un renouvellement du mandat pondéré par le secret des délibérés	193
2. Un renouvellement du mandat potentiellement salubre.....	196
B. L'autonomie sous-évaluée de l'institution.....	199
§2. Une responsabilité démocratique méprisée	203
A. Le juge légitime au sein de la sphère de communautarité endogène.....	203
B. Le juge légitime au sein de la sphère de communautarité surjective.....	206
Seconde section. Le domaine de la légitimité des juges	208
§1. L'interprétation de l'esprit textuel	211
A. Le matériel de l'interprétation	212
B. Le potentiel de l'interprétation	215
§2. L'autorégulation de l'esprit textuel.....	218
A. Une interprétation pondératrice au sein de la sphère de communautarité endogène.....	219
B. Une interprétation pondérée au sein de la sphère de communautarité surjective	222
 <i>Chapitre second</i>	
<i>La reconnaissance légitimée des droits fondamentaux communautaires</i>	<i>228</i>
Première section. La novation méconnue de l'engagement communautaire	230
§1. La légitimation insinuante des juges nationaux.....	230
A. La pertinence de l'intervention.....	230
1. L'intervention des juges constitutionnels nationaux.....	231
2. Le rôle des juges ordinaires nationaux.....	233
B. Le sens de l'intervention.....	235
§2. L'importation de droits fondamentaux exogènes	238

A. Des traditions constitutionnelles communes non opérationnelles	240
B. Le faux-fuyant de la CESDH	241
Seconde section. La novation ambivalente de la mission des juges.....	245
§1. La légitimation inachevée des pouvoirs politiques nationaux	246
A. Une codification « à droit constant » incomplète	246
B. Une proclamation de droits réfrénée	249
§2. La légitimité stagnante du juge communautaire	252
A. L'impossible révolution prétorienne.....	252
B. Le difficile prolongement des droits fondamentaux communautaires	255

Seconde partie

La mise en œuvre équilibrée de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires263

TITRE PREMIER. LA PRATIQUE CONSTRUCTRICE 267

Chapitre premier. Des droits fondamentaux étoffés..... 271

Première section. L'emprise procédurale croissante des droits fondamentaux.....	276
§1. L'opportunité des différents recours	277
A. Le recours en annulation.....	280
B. Le renvoi préjudiciel	284
C. Le recours en responsabilité.....	287
D. Le recours en carence	291
E. Le recours en constatation de manquement	295
F. Le recours contre une sanction.....	299
G. Synthèse	305
§2. L'importance de la qualité du requérant	308
A. Les requérants institutionnels	308
1. Les institutions communautaires	308
2. Les États membres	312
B. Les particuliers et les fonctionnaires.....	315
1. Les sociétés et personnes morales	316
2. Les individus	322
3. Les fonctionnaires	327
C. Synthèse	331
Seconde section. L'emprise matérielle persistante de certains droits fondamentaux.....	334
§1. Les droits quantitativement majoritaires.....	337
A. La proportionnalité	337
B. La sécurité juridique	340
C. La confiance légitime.....	343
D. Le principe d'égalité et de non-discrimination	346
E. Les droits de la défense et les garanties procédurales	349
§2. Les droits qualitativement révélateurs	352
A. Le droit à un recours juridictionnel.....	353
B. Le droit de propriété.....	356
C. Le libre exercice de l'activité économique	358

D. L'inviolabilité du domicile	360
E. Le droit au respect de la vie privée	362
F. La liberté d'expression	365
G. La liberté d'association.....	367
H. La liberté syndicale.....	369
§3. Synthèse	371
Chapitre second. Une protection optimisée	379
Première section. L'articulation efficace des instances communautaires	380
§1. La collaboration procédurale du pourvoi.....	381
A. L'importance des pourvois devant la CJCE	382
B. La performance des pourvois devant la CJCE.....	385
§2. La collaboration substantielle sur la Charte.....	390
A. Les hésitations du TPICE	392
1. La promotion de la Charte	392
2. L'alignement sur la position de la CJCE.....	393
3. Le maintien de certaines résistances en faveur de la Charte	394
B. Le débat entre les avocats généraux et les juges de la CJCE.....	396
1. La volonté unanime des avocats généraux non suivie par la CJCE	401
2. Les tergiversations initiées par le silence de la CJCE.....	403
C. Vers un revirement de jurisprudence de la CJCE avec l'arrêt Parlement c/	
Conseil du 27 juin 2006 (?)	408
1. Le rejet de la théorie de l'acte interinstitutionnel.....	409
2. L'intérêt confortatif de la Charte.....	411
Seconde section. Le développement soutenu du dialogue des juges	413
§1. La coopération avec les juges nationaux	414
A. De la Cour de justice vers les juges nationaux	415
B. Des juges nationaux vers la Cour de justice	417
1. L'usage classique du renvoi préjudiciel.....	418
2. L'usage orienté du renvoi préjudiciel	421
§2. La coopération avec la CEDH	426
A. De la Cour de justice vers la CEDH.....	427
1. Les divergences inexistantes	428
2. Les divergences avortées	429
B. De la CEDH vers la Cour de justice	433
1. Le respect attentiste.....	434
2. Vers un respect agissant.....	437
TITRE SECOND. LES PERSPECTIVES CONSTRUCTIVES	443
Chapitre premier. Les révolutions envisagées	446
Première section. L'enracinement des droits fondamentaux	447
§1 . Le principe de l'adhésion.....	450
A. L'inopportunité initiale.....	450
1. Les contingences diplomatiques	451
2. Le resserrement des obstacles juridiques	453
B. Le bénéfice révélé.....	456
1. Une solution alternative	456
2. Une solution positive	458
§2. La critique de l'adhésion	461

A. L'inutilité douteuse	462
1. Une théorie inspirée de la succession d'États	462
2. Une théorie négligeant l'essence de la succession d'États	464
B. L'insuffisance globale.....	466
1. Une rationalisation déficiente.....	467
2. Vers un parachèvement prospectif	470
Deuxième section. L'affermissement de la place de l'individu	473
§1. La transformation de la situation des individus	475
A. Le dépassement de l'individu « situé ».....	475
B. L'entrave à l'individu pleinement citoyen	477
§2. L'élargissement de la recevabilité des recours.....	479
A. La clarification nécessaire de la hiérarchie des normes communautaires	480
B. L'ajustement de la compétence de la Cour de justice	482
Chapitre second. Les évolutions concevables	488
Première section. L'amélioration du système juridictionnel communautaire	490
§1. L'organisation interne de la Cour de justice au bénéfice du droit au recours	490
A. L'intérêt de nouvelles chambres spécialisées	492
1. L'allègement manifeste du TPICE	493
2. La spécialisation positive de la justice communautaire	494
B. Le réajustement des compétences entre le TPICE et la CJCE	496
§2. L'optimisation de la coopération de juge à juge au bénéfice des droits fondamentaux.....	500
A. L'enjeu de la formation des juges nationaux	500
1. Les gains reconnus	501
2. Les risques de perte exagérés	502
B. Le besoin d'une formation renouvelée des juges nationaux	504
1. Des actions d'encouragement communautaires trop ponctuelles.....	505
2. L'ambition d'un réseau assis sur les nouvelles technologies	507
Seconde section. Le dépassement nécessaire des mentalités	510
§1. La relativité juridique au service des droits fondamentaux.....	512
A. La nécessité d'intégrer la relativité juridique.....	513
B. La gestion de la relativité par la sélection des recours.....	514
§2. L'autorégulation des juges fondée sur le respect mutuel : l'exemple du Conseil constitutionnel français	516
A. La loyauté envers les juges de la communautarité endogène	519
B. La considération des autres juges de la communautarité surjective.....	521
CONCLUSION.....	527
BIBLIOGRAPHIE	537
INDEX ALPHABETIQUE.....	565
INDEX DE LA JURISPRUDENCE CITEE.....	577
RECAPITULATIF DES TABLEAUX ET DES SCHEMAS PRESENTES.....	595
TABLE DES MATIERES.....	599

Résumé

Puisque la construction communautaire n'a pas engendré d'État, la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires ne peut être qu'originale : son fondement n'obéit pas aux logiques « statocentrées ». Si la Cour de justice a pu identifier l'existence d'une Communauté de droit, les éléments de celle-ci demeurent singuliers de par la surjection induite des relations de *communautarité* entre normes communautaires et nationales d'application. De surcroît, n'étant pas un caractère systématique de l'État de droit, les droits fondamentaux n'ont pas été conçus comme un attribut de cette Communauté de droit. La Cour n'avait ainsi aucune obligation de reconnaître de tels droits. Elle en a pourtant acquis la légitimité, sous l'influence des juges nationaux, confirmée ultérieurement par les États membres. Soucieuse de respecter sa mission, même enrichie, elle ne peut toutefois se substituer à la « puissance constitutive » communautaire pour pallier ses lacunes.

La Cour de justice n'a cependant pas démerité pour équilibrer la garantie des droits fondamentaux communautaires. D'une part, elle a adopté une pratique constructrice en développant la protection des droits en ses deux aspects. Comme le montrent nos tendances chiffrées, les droits ont été étoffés. En outre, leur garantie a été optimisée à mesure du développement du dialogue des juges entrepris par la Cour. D'autre part, la Cour a pu suggérer des perspectives constructives pour soutenir ses efforts. Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe comprend d'ailleurs les révolutions majeures : l'insertion des droits fondamentaux au sein des fondements de la construction communautaire, et l'adaptation de la place de l'individu en cohérence avec l'approfondissement de la construction. En attendant, des évolutions demeurent possibles. Leur réussite est néanmoins conditionnée à l'adaptation corrélative des mentalités, spécialement des juges nationaux, déjà stimulée par la préparation du projet de traité précité. Le dialogue des juges promet de rester passionnant...

Abstract

As European construction has not resulted in a single European State, the judicial guarantee of fundamental rights can only be original: its foundation does not obey state-centric behaviour. If the Court of Justice was able to identify the existence of a Community of law, the elements of this Community remain singular by reason of inferred surjection of "communitarity" between national and EU norms of application. Moreover, as they are not a systematic feature of a Rule of law, fundamental rights have not been considered as an attribute of this Community of law. The Court was therefore under no obligation to recognize such rights. It has nevertheless acquired the legitimacy to do so, under the influence of national judges, later confirmed by the member states. Although concerned about respecting its mission, even enriched, the Court cannot take the place of EU "constitutive power" to compensate for its shortcomings.

However the Court was not at fault to balance the guarantee of fundamental rights. On the one hand, it has adopted a constructive behaviour by developing both aspects of rights protection. As our statistical trends show, rights have been enlarged. Their guarantee has also been optimised by the dialogue process between judges undertaken by the Court. On the other hand, the Court was able to suggest constructive perspectives to support its efforts. The European Constitution treaty project also contains some major revolutions: the insertion of fundamental rights into the foundations of EU construction, and the adaptation of the place of the individual in adequacy with deeper construction. For the time being, some evolutions remain possible. Their success is nevertheless conditional on the corresponding adaptation of mentalities – especially those of national judges – which has already been stimulated by the preparation of the aforementioned treaty project. The dialogue between judges promises to remain fascinating...

Zusammenfassung

Da der Aufbau Europas keinen eigenen Staat hervorgebracht hat, ist der rechtliche Schutz der europäischen Grundrechte neuartiger Natur und unterliegt keiner staatszentrierten Logik. Zwar wurde vom Europäischen Gerichtshof die Existenz einer Rechtsgemeinschaft festgestellt, ihre Merkmale sind jedoch aufgrund der induzierten Surjektion einer „Gemeinschaftsrechtmäßigkeit“ zwischen nationalen und europäischen Anwendungsregeln einzigartig. Da die Grundrechte zudem nicht systematisch als Merkmal eines Rechtsstaates gelten, wurden sie nicht als wesentliche Eigenschaft dieser Rechtsgemeinschaft angesehen. Somit unterlag der Europäische Gerichtshof nicht der Verpflichtung, diese Rechte anzuerkennen, gewann jedoch unter dem Einfluss der nationalen Richter die entsprechende Legitimität, welche später von den Mitgliedstaaten bestätigt wurde. Der Gerichtshof ist darauf bedacht, auch seinen erweiterten Aufgaben voll und ganz gerecht zu werden, kann jedoch die Europäischen Staaten als „konstitutive Gewalt“ der EU nicht ersetzen.

Der Europäische Gerichtshof setzte sich dennoch für eine ausgeglichene Gewährleistung der europäischen Grundrechte ein, indem er beide Aspekte des Schutzes dieser Rechte ausbaute und somit eine konstruktive Vorgehensweise anwendete; wie aus unseren statistischen Tendenzen hervorgeht, wurden diese Rechte erweitert. Darüber hinaus wurde ihre Gewährleistung mit der Vertiefung des durch den Gerichtshof angestoßenen Dialogs zwischen den Richtern optimiert. Des Weiteren konnte der Gerichtshof konstruktive Vorschläge einbringen, um seine Bemühungen zu unterstützen. So enthält der europäische Verfassungsentwurf revolutionäre Neuerungen wie die Aufnahme der Grundrechte in die Fundamente des europäischen Aufbaus und die Anpassung der Stellung des Einzelnen entsprechend der weiteren Gestaltung dieses Aufbaus. Unterdessen sind Weiterentwicklungen nicht ausgeschlossen. Diese ist jedoch an eine entsprechende Anpassung der Mentalitäten – insbesondere jener der nationalen Richter – gebunden, die bereits durch die Ausarbeitung des oben genannten Verfassungsentwurfes angestoßen wurde. Der Dialog der Richter verspricht weiterhin faszinierend zu bleiben ...

Discipline

Droit public, droit communautaire, droit constitutionnel.

Mots-clés

Charte des droits fondamentaux, *communautarité*, Communauté de droit, Cour de justice des Communautés européennes, Cour européenne des droits de l'homme, dialogue des juges, droits fondamentaux, État de droit, Europe, garantie des normes, hiérarchie des normes, juridictions nationales, légitimité, principes généraux du droit communautaire, projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, recours, rejet du « statocentrisme », respect des souverainetés nationales, tendances chiffrées (statistiques), Union européenne.